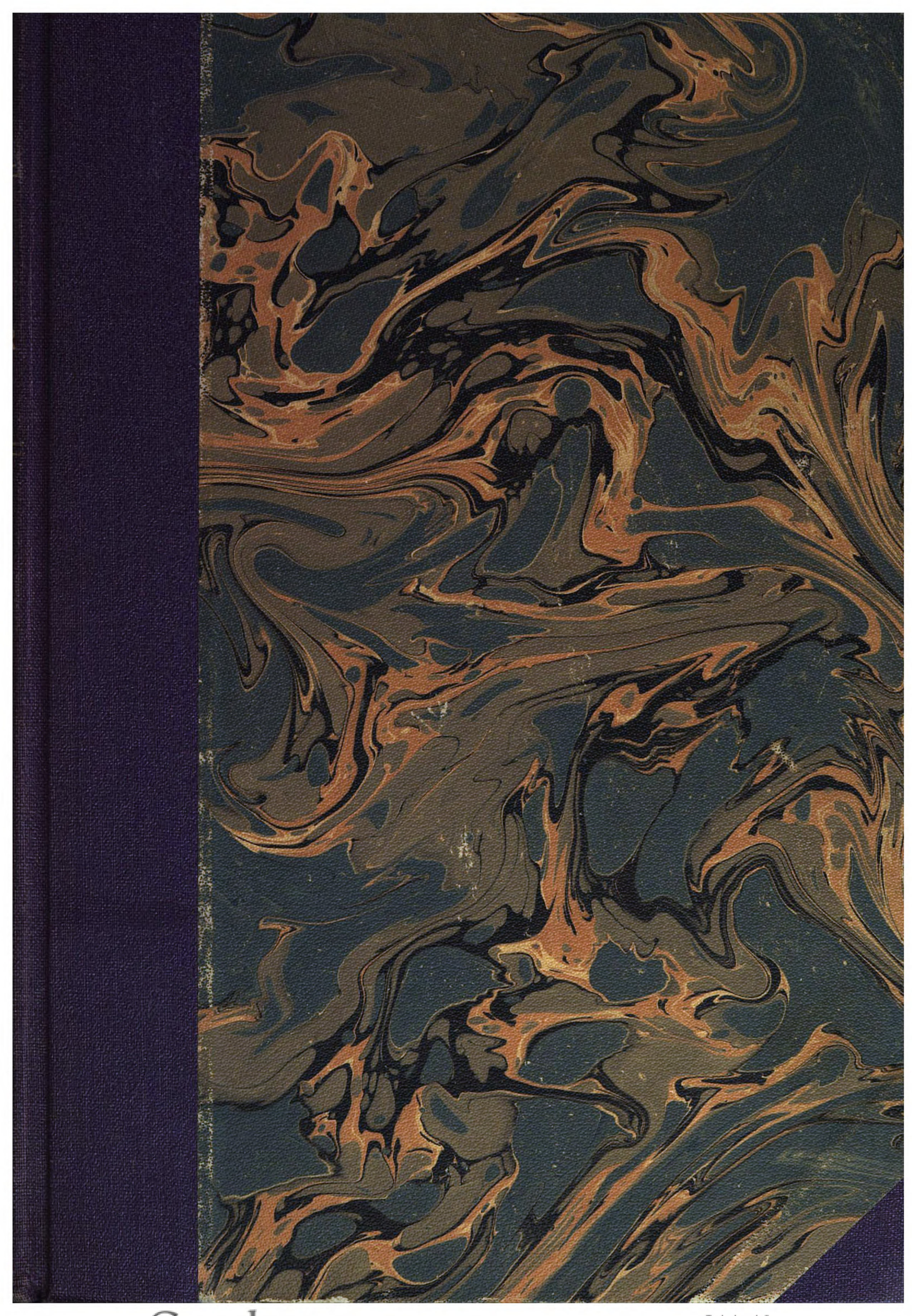
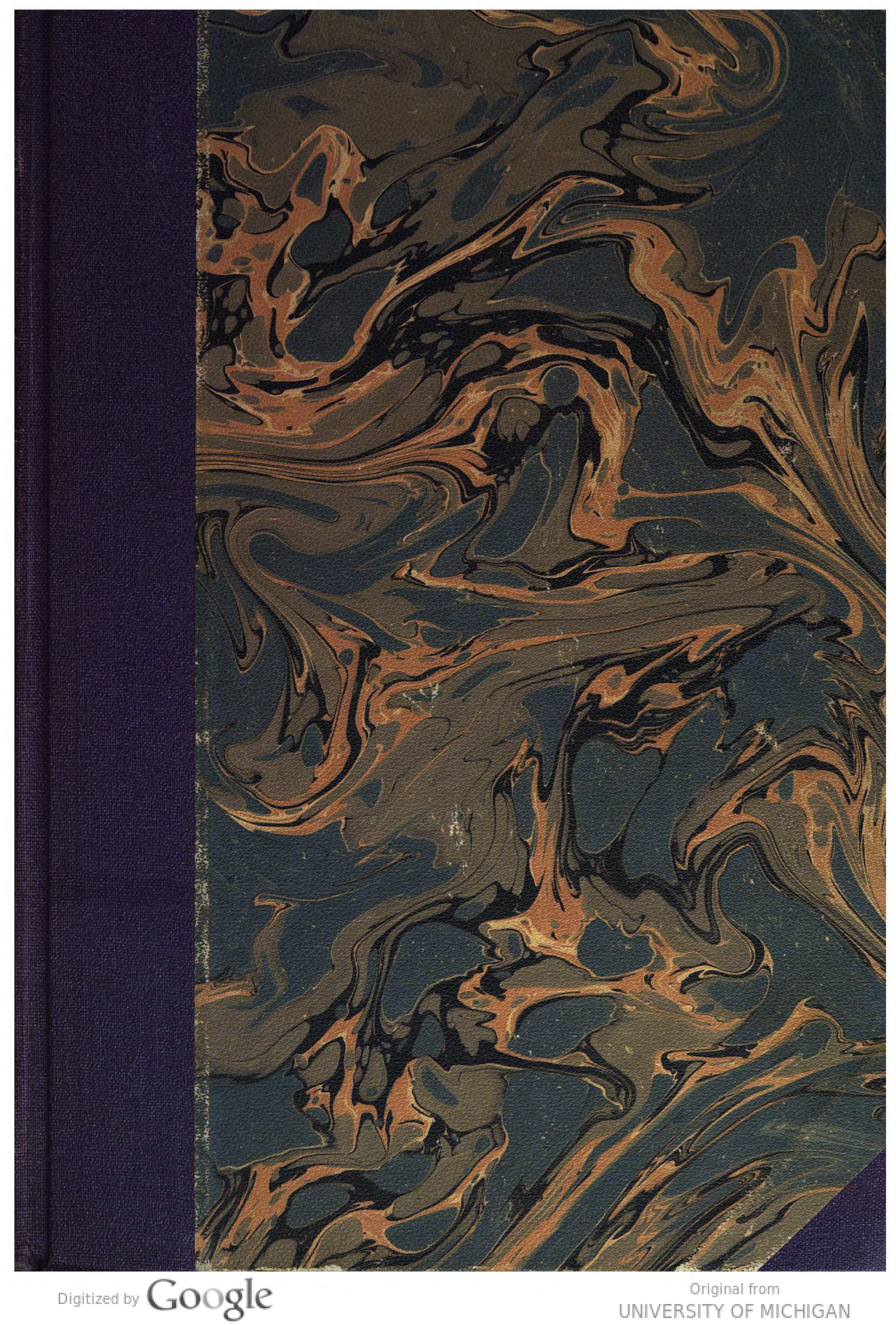
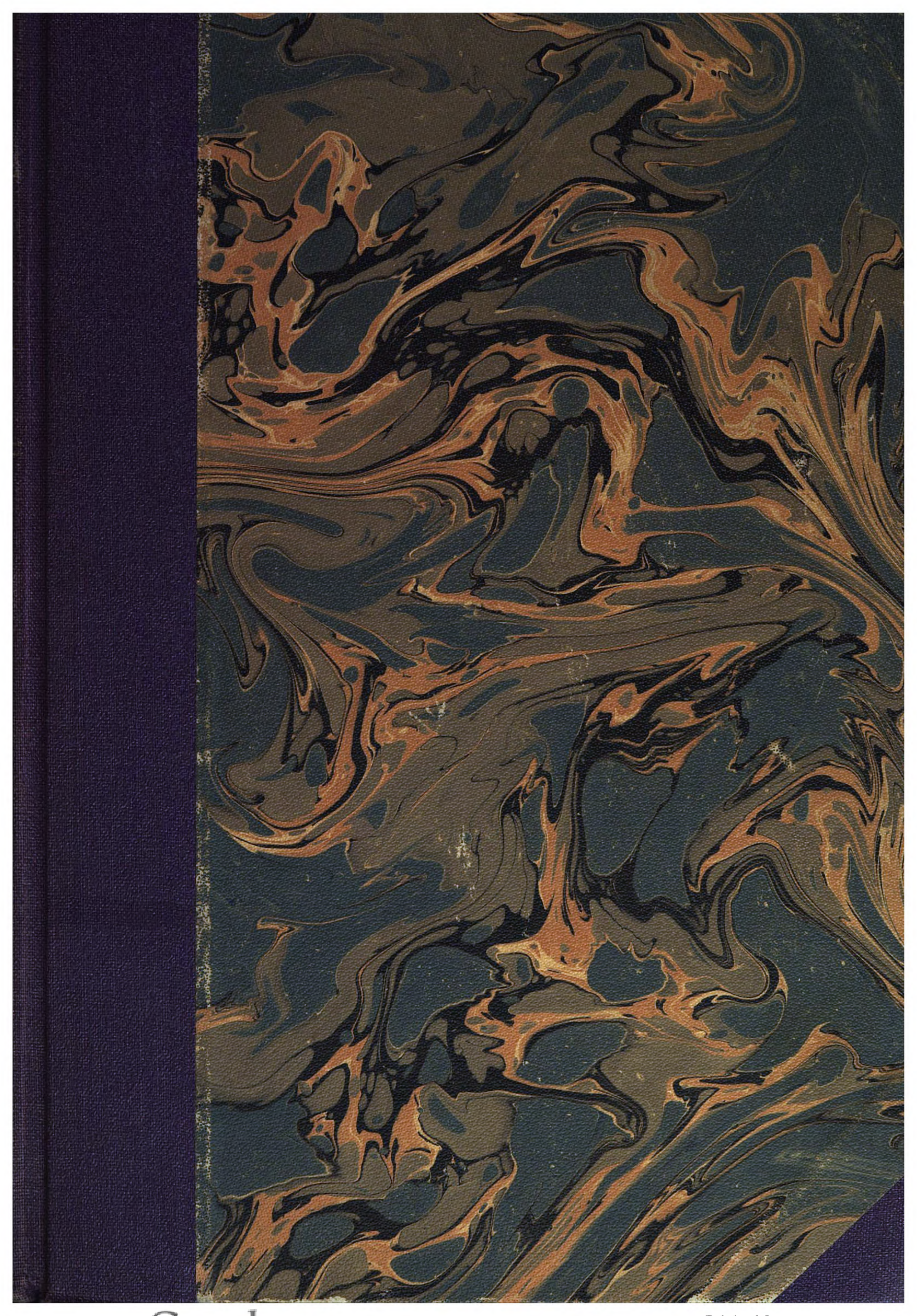
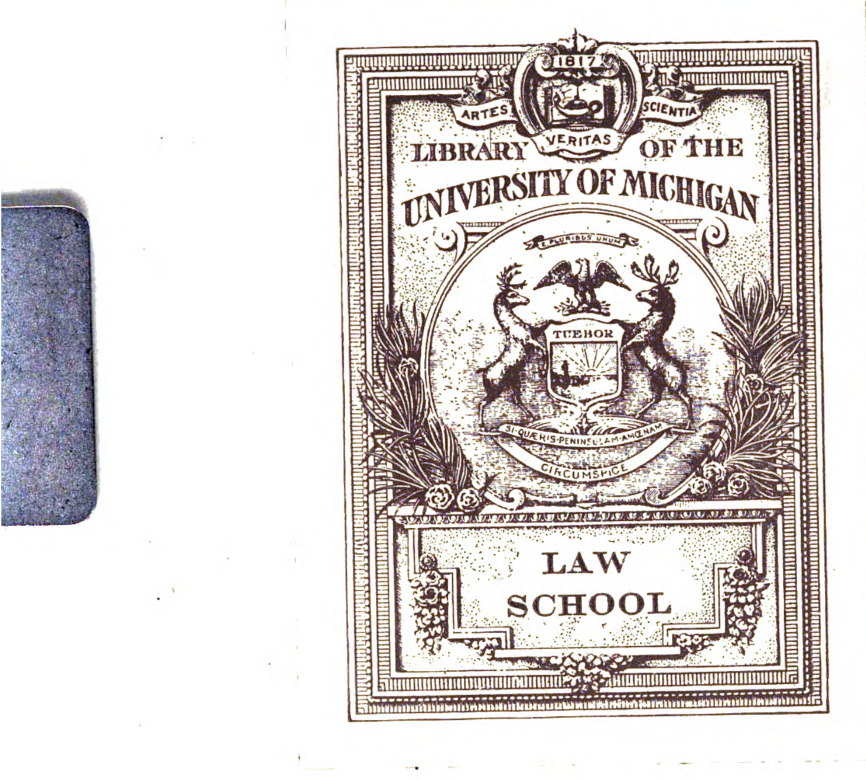
M

FESTGABE
FÜR
OTTO MAYER










Printed in Germany



OTTO MAYER

ZUM

SIEBZIGSTEN GEBURTSTAG



FESTGABE
FÜR
OTTO MAYER.

Zum siebzigsten Geburtstag
dargebracht
von
Freunden, Verehrern und Schülern.

29. März 1916.



Tübingen
Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)
1916.



Druck von H. Laupp jr in Tübingen.



Hochverehrter Herr!

Von vielen Seiten her strömen an Ihrem siebzigsten Geburtstage die Glückwünsche Ihnen zu.

Sie haben sich in den Dienst von Staat, Kirche und Gemeinde gestellt, so oft man Ihrer Einsicht und Ihres bewährten Rats bedurft hat. Doch Ihre beste Kraft hat der Wissenschaft gegolten. Für sie sind die Erfahrungen Ihres reichen Lebens fruchtbar geworden. Eine praktische Aufgabe, die Einführung des deutschen Beamtentums des Reichslands in die Theorie des französischen Verwaltungsrechts, hat Ihr Interesse zuerst auf das öffentliche Recht hingezogen und Ihre Fähigkeit zur Erkenntnis des Geistes eines großen Rechtssystems entwickelt. Dann sind Sie aber hinübergewandert in das weite Feld Ihres wissenschaftlichen Ruhms, in das Deutsche Verwaltungsrecht. Hier haben Sie der Forschung Neuland erschlossen. In den zerstreuten Elementen, die zusammenhangslos von dem Gesetzgeber der Gegenwart neben die Ueberreste vergangener Epochen gestellt worden sind, hat Ihr sicherer Blick das juristisch Gemeinsame und Verbindende entdeckt, und Ihre Arbeit ist darauf gerichtet gewesen, in der Fülle der wandelbaren Erscheinungen die großen Linien, die einfachen Rechtsbegriffe zu erkennen. Auf diese Weise ist

Ihnen gelungen, die Eigenart des Deutschen Verwaltungsrechts in seiner Kraft und seinem ganzen Reichtum in helles Licht zu rücken. Einer neuen Art verwaltungsrechtlicher Anschauung hat Ihr Werk die Bahn gebrochen. Förderung und Anregung sind von ihm ausgegangen und weit über Deutschlands Grenzen hinaus reicht seine Wirkung. Tief in Ihrer Schuld stehen die Wissenschaft, die Rechtssprechung und der akademische Unterricht.

Der Ernst dieser Zeit hat nur einer kleinen Zahl Ihrer Verehrer und Freunde die Muße zu einem des heutigen Tages würdigen Glückwunsch gegönnt. Im Geiste aber gesellen sich Ungezählte zu ihnen und feiern den Festtag mit, in alter Treue und Verehrung.

29. März 1916.

Laband Fleiner Rehm Piloty
W. van Calker Thoma Lukas
Smend Redslob.



Inhaltsverzeichnis.

Seite

1. PAUL LABAND, Die Verwaltung Belgiens während der kriegerischen Besetzung 1
2. FRITZ FLEINER, Beamtenstaat und Volksstaat 29
3. HERMANN REHM, Das politische Wesen der deutschen Monarchie 59
4. ROBERT PILOTY, Verwaltungsrechtliche Gedanken . . . 91
5. WILHELM VAN CALKER, Die Amtsverschwiegenheitspflicht im Deutschen Staatsrecht 117
6. RICHARD THOMA, Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht 165
7. JOSEF LUKAS, Justizverwaltung und Belagerungszustandsgesetz 223
8. RUDOLF SMEND, Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat 245
9. ROBERT REDSLOB, Völkerrechtliche Ideen der französischen Revolution 271



Die Verwaltung Belgiens während der kriegerischen Besetzung.

Von

Paul Laband,

Professor an der Universität Strassburg.



1. Die kriegerische Besetzung des Gebiets des feindlichen Staates oder eines Teils desselben ist ein rein tatsächlicher Vorgang, keine Rechtshandlung, auch keine völkerrechtliche. Wenngleich das Haager Abkommen über den Landkrieg Art. 42 f. einen Abschnitt über die militärische Gewalt auf besetztem feindlichen Gebiete enthält, so gewährt es nicht ein »Recht« zur Besetzung unter gewissen Voraussetzungen, dessen es nicht bedarf, sondern es setzt die Tatsache, daß ein Gebiet kriegerisch besetzt ist, voraus. Art. 42 gibt dem Gedanken, daß die Besetzung ein rein tatsächlicher Vorgang ist, Ausdruck, indem er lautet:

»Ein Gebiet gilt als besetzt, wenn es tatsächlich in der Gewalt des feindlichen Heeres steht.

Die Besetzung erstreckt sich nur auf die Gebiete, wo diese Gewalt hergestellt ist und ausgeübt werden kann.«

Die Besetzung muß also wie die Blockade »effektiv« sein; sie kann nicht durch eine (rechtsgeschäftliche), der Wirklichkeit nicht entsprechende Erklärung ersetzt werden. Dagegen ist nicht erforderlich, daß jeder Ort oder jede Gemeinde des besetzten Gebiets eine militärische Besatzung erhält; es genügt, daß das Gebiet als Ganzes in der Gewalt des okkupierenden Heeres steht; diese Gewalt also innerhalb dieses Gebietes überall ausgeübt werden kann. Auch muß diese Gewaltausübung von einiger Dauer sein, um die Rechtswirkung der Besetzung zu haben; eine vorübergehende Kriegsoperation im feindlichen Lande genügt nicht; andererseits muß die Verbindung mit dem eigenen Staatsgebiet und der eigenen bewaffneten Macht gesichert sein.

Wenngleich die Besetzung ein tatsächlicher Vorgang ist, so erfolgt sie doch mit dem Willen des siegreich vordringenden Staates und diesen Willen pflegt der Heerführer

der Bevölkerung durch eine Proklamation zu erklären [1]). Dies ist aber nicht wesentlich, Besetzung ist Besitzergreifung; der kriegerische Besitz wird wie der zivilrechtliche corpore et animo erworben und vel corpore vel animo verloren. Auch sonst bestehen zwischen der Besetzung und dem Besitz Analogien und man darf sich durch die übliche Bezeichnung occupatio bellica nicht zu unrichtigen Schlüssen über den rechtlichen Charakter der Besetzung verleiten lassen.

2. Die unmittelbare Folge der Besetzung ist der Ausschluß des einheimischen Staates und seiner verfassungsmäßigen Organe von der Ausübung der Staatsgewalt; die damit verbundenen Machtmittel sollen ihnen entzogen und dem besetzenden Staate zugewendet sowie feindliche Handlungen gegen den letzteren verhindert werden. Gleichzeitig damit tritt aber die Pflicht des besetzenden Staates zur Regierung des besetzten Gebietes ein. Diese Pflicht beruht ebenfalls nicht auf einem Satze des Völkerrechts und bedarf keiner besonderen rechtlichen Anerkennung, sondern sie folgt aus der Unentbehrlichkeit einer geordneten, durch Rechtssätze bestimmten öffentlichen Gewalt; sie ist das notwendige Korrelat des Ausschlusses der einheimischen Staatsgewalt. Sie beruht auf einer durch das Zusammenleben der Menschen gegebenen »natürlichen« Notwendigkeit. In dem Haager Abkommen Art. 43 ist diese Verpflichtung zwar nicht begründet, denn sie besteht ohnedies, aber anerkannt; der besetzende Staat

> »hat alle ihm zu Gebote stehenden Maßnahmen zu treffen, um nach Möglichkeit die öffentliche Ordnung und Sicherheit wiederherzustellen und aufrecht zu erhalten«.

3. Es erhebt sich nun die Frage, welche Staatsgewalt übt der besetzende Staat aus? Da es tatsächlich von weit größerer Wichtigkeit ist, wer die Staatsgewalt ausübt als wem sie von Rechtswegen zusteht, so scheint die Beantwortung der Frage ein nur doktrinäres Interesse zu haben und praktisch unerheblich zu sein; dies ist aber, wie die fol-

[1]) In Belgien ist durch die Proklamation des Generalgouverneurs de dato Brüssel den 2. September 1914, welche im Ges.- u. V.-Blatt für die okkupierten Gebiete Nr. 1 verkündet und durch Maueranschlag bekannt gemacht worden ist, die Uebernahme der Regierung durch den vom Kaiser ernannten Generalgouverneur und den ihm beigegebenen Verwaltungschef der Bevölkerung kundgemacht worden.



genden Ausführungen zeigen werden, nicht der Fall; je nachdem die Frage zu entscheiden ist, ergeben sich verschiedene rechtliche Folgen. Man könnte der Meinung sein, daß weder die Staatsgewalt des einen noch die des andern Staates ausgeübt wird, sondern eine von beiden verschiedene »Kriegsgewalt« des Befehlshabers des besetzenden Heeres. Aber wenn auch die Rücksicht auf den Zweck und die Bedürfnisse des Krieges von großem Einfluß auf die Ausübung der Staatsgewalt sind, so ist doch die Kriegsgewalt keine für sich bestehende Staatsgewalt. Es handelt sich bei der Regierung des besetzten Gebietes nicht um die Niederzwingung des Feindes durch die bewaffnete Macht, sondern — wie das Haager Abkommen sagt — um die Wiederherstellung und Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit. Wenngleich auch dem besetzenden Staat daran gelegen ist, daß in dem okkupierten Gebiet Ordnung und Sicherheit bestehen, so handelt es sich doch in erster Reihe um das Interesse der Bevölkerung des feindlichen Staates. Die Frage kann also nur die sein, ob der besetzende Staat seine Staatsgewalt oder die des feindlichen Staates ausübt. Sie kann nur in letzterem Sinne beantwortet werden. Durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt über feindliches Gebiet und seine Einwohner übernimmt der Staat die Ausübung der über dieses Gebiet und seiner Bewohner bestehenden Staatsgewalt; er ergreift von der Herrschaft über Land und Leute Besitz. Die Staatsgewalt des Feindes schrumpft zu einer nuda proprietas ein. Eine Folge davon ist, daß wenn die Besetzung aufhört, die einheimische Staatsgewalt ipso jure wieder mit voller Wirksamkeit in Kraft tritt und es keines Unterwerfungsaktes des wieder freigewordenen Gebietes bedarf. Die Gesetze und Verordnungen des feindlichen (einheimischen) Staates bleiben in Kraft und finden in dem besetzten Gebiet Anwendung, soweit sie mit dem Zweck der Besetzung vereinbar sind und nicht in Ausübung der okkupierten Staatsgewalt außer Kraft gesetzt werden. Die Gesetze des okkupierenden Staats dagegen haben in dem besetzten Gebiet keine Geltung, soweit sie nicht in Ausübung der einheimischen Staatsgewalt dort eingeführt werden.

Auch dies ist in dem Haager Abkommen wiederholt zum Ausdruck gebracht worden. Nach Art. 43 soll die öffentliche



Ordnung wieder hergestellt und aufrecht erhalten werden »unter Berücksichtigung der Landesgesetze, sofern keine unüberwindlichen Hindernisse entgegenstehen«. Nach Art. 48 sollen die zugunsten »des Staats« bestehenden Steuern, Zölle und Abgaben, möglichst nach Maßgabe der für ihre Erhebung und Verteilung geltenden Vorschriften erhoben werden. Ebenso Art. 51 Abs. 2 hinsichtlich der Zwangsauflagen. Ferner erklärt Art. 55, daß der Staat, von dem die Besetzung ausgeht, sich nur als Verwalter und Nutznießer der öffentlichen Gebäude und des fiskalischen Vermögens betrachtet und den Grundstock dieser Güter zu schützen und sie nach den Regeln des Nießbrauchs zu verwalten hat.

Diese Sätze sind keine neuen und selbständigen durch das Haager Abkommen geschaffenen Sätze des Völkerrechts, sondern logische Folgerungen aus dem Begriff der kriegerischen Besetzung, welche die Mitglieder der Haager Konferenz zur Ausschließung von Zweifeln und zur Sicherung ihrer Beobachtung feststellten; sie sind lediglich deklaratorisch. Mit Recht hat daher der Staatssekretär des Reichsamts des Innern im Einvernehmen mit den Staatssekretären des Auswärtigen Amts und des Reichsjustizamts auf eine an ihn vom Verwaltungschef beim Generalgouvernement gerichtete Anfrage vom 8. April 1915 entschieden, daß die Rechtspflege in Belgien sich regelmäßig nach wie vor im Namen des Souveräns, also des Königs der Belgier zu vollziehen haben wird [2]).

4. Die Ausübung der einheimischen Staatsgewalt über das besetzte Gebiet steht dem obersten Kriegsherrn der Okkupationsarmee zu. Sie ist ein militärisches Recht desselben, eine Betätigung der Kommandogewalt. Sie beruht nicht auf dem Recht des feindlichen Staates, sondern auf der Kriegsverfassung des okkupierenden Heeres. Als Aeußerung der Kommandogewalt ist sie unbeschränkt, d. h. weder an die Zustimmung des Bundesrats oder des Reichstages gebunden noch der Gegenzeichnung des Reichskanzlers bedürftig. Da die in der Kommandogewalt enthaltenen Befugnisse delegiert werden können, so gilt dies auch von der Ausübung der Herrschaft über das Okkupationsgebiet und ist wegen des Umfangs und der Verschiedenartigkeit der damit verbundenen Geschäfte tatsächlich nötig. Diesem Bedürfnis entsprechend

[2]) Siehe Deutsche Juristenzeitung 1915 S. 805.

wurde die Ausübung der gesamten Staatsgewalt einem Generalgouverneur übertragen, der seinen dienstlichen Wohnsitz in Brüssel hat. Bekanntm. vom 2. 9. 14 (Ges.- u. Verordn.-Bl. S. 1). V. v. 3. 12. 14 (S. 62); vom 4. 1. 15 (S. 96). Er hat allein den Allerh. Anordnungen des Kaisers Gehorsam zu leisten und ist ihm allein verantwortlich; dem Reichskanzler ist er dienstlich nicht unterstellt; ebensowenig den kommandierenden Generalen der Operationsarmeen; doch hat er seine Befugnisse im Einvernehmen mit ihnen auszuüben. Neben diesen Grundsätzen können Gesetze oder Verordnungen, welche die einheimische Staatsgewalt für den Fall der Besetzung des Gebiets erlassen hat, wie dies durch das belgische Gesetz v. 4. 8. 14 erfolgt ist, nicht bestehen bleiben. Dieses Gesetz wurde durch V. des Generalgouverneurs v. 3. 12. 14 Art. 1 (Ges.- u. V.-Bl. S. 61) aufgehoben.

Während im Frieden die Betätigung der Kommandogewalt zwar freier gestellt ist als andere Aeußerungen der Staatsgewalt und ein besonderes Gebiet ihrer Ausübung bildet, so steht sie doch nicht im Gegensatz zu den allgemeinen verfassungsmäßigen Grundsätzen; im Kriege aber tritt zu den Aufgaben, welche der Staat zu erfüllen hat, eine neue hinzu, welche an Wichtigkeit alle anderen überragt. Es handelt sich um die Wahrung der Machtstellung des Staates, um seine Integrität oder Existenz, um die Erhaltung der Kultur, des Wohlstandes, der Wirtschaftsführung des Volkes. Das erste und wichtigste Interesse ist, den Feind zu besiegen und zu verhindern, daß dem eigenen Heere Nachteile und dem feindlichen Vorteile zugewendet werden. Wenn Teile des feindlichen Gebiets besetzt und die Einwohner der Kommandogewalt des Oberbefehlshabers der okkupierenden Armee unterworfen werden, so stehen diesem alle Machtmittel zu Gebote, welche diesem Interesse dienen können. Dies gilt auch von der, auf der Kommandogewalt des Kaisers beruhenden Ausübung der okkupierten einheimischen Staatsgewalt durch den Kaiserl. Generalgouverneur.

5. Solange das besetzte Gebiet dem besetzenden Staate nicht einverleibt oder angegliedert wird, bleibt es ein Teil des Gebiets des feindlichen Staats, obgleich es der Herrschaft desselben quoad exercitium entzogen ist. Das besetzte belgische Gebiet ist daher im Verhältnis zum Reichsgebiet Ausland.



Die für das Reichsgebiet erlassenen Vorschriften haben im besetzten Gebiet nur Geltung, wenn sie dort in Kraft gesetzt werden. Die Grenze zwischen dem Reichsgebiet und Belgien bleibt Auslandsgrenze. Es besteht zwischen den beiden Gebieten keine Freizügigkeit im Sinne des Art. 3 der RV.; der Personenverkehr kann durch Paßvorschriften, Aufenthaltserlaubnisse, Auswanderungsverbote beschränkt werden und zwar ebensowohl durch die für das Reichsgebiet als durch die für das belgische Gebiet erlassenen Vorschriften [3]).

Ebenso wird die Zollgrenze nicht verändert. Die im Deutschen Reich geltenden Vorschriften gelten auch für die Einfuhr und Ausfuhr von Waren aus und nach Belgien und die belgischen Gesetze und Verordnungen über den Warenverkehr und die Zölle haben ihre Geltung auch für den Verkehr über die Zollgrenze des Reichs behalten. Die letzteren können aber durch Verordnungen des Generalgouverneurs in Ausübung der belgischen Staatsgewalt abgeändert werden und dies ist in großem Maße erfolgt [4]).

Auch insoweit sonst der Landesgrenze eine rechtliche Bedeutung zukommt, z. B. hinsichtlich des Verkehrs mit Kraftwagen, ist Belgien im Verhältnis zum Reichsgebiet Ausland; dagegen bestimmt die V. v. 19. 11. 14 (S. 57), daß das Deutsche Reich, Oesterreich, Ungarn und die Türkei für das besetzte Gebiet Belgiens nicht als *fremde* Macht oder als Feind im Sinne des Art. 113 ff. des in Belgien geltenden

[3]) Die Vorschriften des Generalgouverneurs über das Paßwesen sind zusammengefaßt in der V. v. 1. 7. 15 (Ges.- u. Verordn.-Bl. S. 927 ff.), die an die Stelle aller früheren darüber erlassenen Vorschriften getreten sind. Siehe ferner V. v. 20. 7. 15 (S. 798) enthaltend das Verbot der Abwanderung meldepflichtiger Personen und die V. v. 11. Juli 15 (S. 777) über den Uebertritt wehrfähiger Belgier in das Ausland. Die *deutschen* Vorschriften über die Regelung der Paßpflicht während des Krieges sind enthalten in der Kaiserl. Verordnung vom 16. 12. 1914 (RGBl. S. 521).

[4]) *Einverleibung* von besetztem französischen Gebiet in das belgische Zollgebiet (V. v. 3. 1. 15 S. 100); *Zollfreiheit* für Kriegsbedürfnisse (V. v. 20. 10. 14 S. 27); *Ausfuhrverbote* sehr zahlreicher Waren (Zusammenstellung aller Anordnungen in der V. v. 13. 10. 15 (S. 1259 ff.); *Einfuhrverbote* V. v. 25. 9. 15 (S. 1079) u. 26. 10. 15 (S. 1269); Einführung *neuer Zölle* V. v. 6. 10. 15 (S. 1166 ff.); Anordnung über die Zollzahlung V. v. 2. 7. 15 (S. 760). — Vergl. *Hirschfeld*: Der Rechtszustand Belgiens. Berlin 1915 S. 3. Die sehr zahlreichen *deutschen* Kriegsverordnungen über Einfuhr und Ausfuhr von Waren und über Verzollung sind zusammengestellt von *Jünger*, Die Kriegsgesetze. S. 58 ff.



Strafgesetzbuchs und des Gesetzes vom 4. 8. 14 über die Verbrechen und Vergehen gegen die äußere Sicherheit des Staates angesehen werden [5]).

6. Die Rechtsquellen.

a) Die Gesetze. Die Ausübung der gesetzgebenden Gewalt, welche mit der Staatsgewalt identisch ist, geht auf den Kriegsherrn der Okkupationsarmee über und kann wie die andern ihm zustehenden Befugnisse einem Vertreter übertragen werden. Die Gesetzgebung des feindlichen Staates hört für das besetzte Gebiet auf und die dazu verfassungsmäßig berufenen Organe treten außer Tätigkeit. Es besteht zwar die Möglichkeit, für den Erlaß von Rechtsvorschriften (Gesetze im materiellen Sinne) die Beobachtung gewisser Formen vorzuschreiben; es ist dies aber nicht zweckmäßig und rechtlich nicht erforderlich; eine einfache Verordnung des mit dieser Funktion vom obersten Kriegsherrn betrauten Vertreters ist genügend und der durch den Krieg gegebenen Sachlage entsprechend. Gesetze im formellen Sinne gibt es demnach nicht; der Gegensatz zwischen Gesetzen und Rechtsverordnungen verschwindet [6]). Da diese Verordnungen an die Stelle der Gesetze treten, so haben sie den bestehenden belgischen Gesetzen gegenüber derogatorische Kraft. Dagegen kann der Träger der Staatsgewalt des feindlichen Staates, also der König von Belgien, die bei Beginn der Okkupation in Geltung stehenden Gesetze nicht aufheben oder abändern. Das Verordnungsrecht ist sachlich unbeschränkt; die verfassungsmäßigen Beschränkungen der Zuständigkeit des Reichs finden keine Anwendung; es handelt sich vielmehr um die Ausübung der vollen unbeschränkten Staatsgewalt [7]). Dem-

[5]) Mit der Frage, ob durch die Okkupation die deutsche oder die belgische Staatsgewalt ausgeübt wird, hat diese Anordnung nichts zu tun, wie die Gleichstellung von Oesterreich-Ungarn und der Türkei mit dem Deutschen Reich beweist. Die Verordnung ist lediglich eine authentische Interpretation (Deklaration) der erwähnten Gesetzesstellen für die Zeit der kriegerischen Besetzung.

[6]) Ebenso „der Vorbehalt der Gesetzgebung". Die Verordnung des Generalgouverneurs ist die gemeinsame Form für alle Anordnungen, soweit ihr Erlaß nicht den dem Generalgouverneur unterstellten Militär- und Zivilbehörden übertragen ist.

[7]) Es wird dadurch bestätigt, daß der Generalgouverneur als Vertreter des Kaisers nicht die Reichsgewalt, sondern die belgische Staatsgewalt ausübt.



gemäß erließ der Generalgouverneur am 4. 1. 15 (Ges.- u. V.-Bl. Nr. 28 S. 96) eine »Bekanntmachung«, in welcher er darauf hinwies,

> »daß in den in deutsche Verwaltung genommenen Teilen Belgiens von dem Zeitpunkte der Einsetzung dieser Verwaltung ab nur die Anordnungen des Generalgouverneurs und der ihm unterstellten Behörden Geltung haben.
>
> Seit diesem Zeitpunkte bereits erlassene oder noch ergehende Verordnungen des Königs der Belgier und der bisherigen belgischen Minister haben im Bereiche der deutschen Verwaltung in Belgien keinerlei Rechtsgültigkeit. Ich werde es mit allen mir zustehenden Machtmitteln durchsetzen, daß die Regierungsgewalt ausschließlich von den in Belgien eingesetzten deutschen Behörden ausgeübt wird«.

Es ist beachtenswert, daß nicht die Form eines Gesetzes oder einer Verordnung gewählt ist, sondern eines »Hinweises« auf eine von selbst eintretende Folge der Besetzung belgischer Gebiete.

Infolge dieses Verordnungsrechts ergibt sich das Bedürfnis nach einem Blatt zur Verkündigung der vom Generalgouverneur erlassenen Anordnungen. Am 5. 9. 14 erschien die erste Nummer des »Gesetz- und Verordnungsblattes für die okkupierten Gebiete Belgiens« und in der daselbst S. 4 verkündeten Verordnung des Generalgouverneurs wurde bestimmt:

> »Die vom Generalgouverneur für die okkupierten Gebiete Belgiens erlassenen Gesetze und Verordnungen werden in deutschem Wortlaut erlassen und erlangen, soweit in demselben nicht ein anderer Anfangstermin bestimmt wird, mit dem Ablauf des Tages, an dem das betreffende Stück des Gesetz- und Verordnungsblattes für die okkupierten Gebiete Belgiens in Brüssel ausgegeben worden ist, ihre verbindliche Kraft« [8]).

Dem deutschen Wortlaut werden zwei offizielle Uebersetzungen beigefügt, eine in die französische, die andere in

---

[8]) Bis zur Gründung des Ges.- u. V.-Bl. wurden die Verordnungen des Generalgouverneurs durch Maueranschlag zur Kenntnis der Bevölkerung gebracht und dies wurde auch nach der Gründung vielfach beibehalten, so daß diese Verordnungen im Ges.- u. V.-Bl. verkündet und außerdem durch Maueranschlag bekannt gemacht wurden.



die vlämische Sprache, und im Ges.- und Verordn.-Blatt mit verkündigt.

Als der Freih. von Bissing an Stelle des Freih. v. d. Goltz Generalgouverneur des okkupierten Gebietes wurde, trat mit der Nr. 18 vom 7. 12. 14 (S. 61) eine Erweiterung des Inhalts ein. Das Blatt enthält von da an auch Bekanntmachungen verschiedener Art, welche die Verwaltung betreffen, Mitteilungen verschiedener Art, Hinweise und Erinnerungen der Bevölkerung an bestehende Vorschriften, Ernennungen von Beamten usw. Der Inhalt geht über den Rahmen eines Gesetz- und Verordnungsblattes hinaus.

Endlich bestimmte die V. vom 23. 12. 14 (S. 86):

»alle Veröffentlichungen, für welche auf Grund der belgischen Gesetzgebung eine Bekanntmachung im Moniteur belge oder dessen Beiblättern erfolgen muß, haben von heute ab in dem Gesetz- und Verordn.-Bl. für die okkupierten Gebiete Belgiens oder dessen Beiblättern zu erfolgen«.

Dies betrifft insbesondere die Bekanntmachungen der zahlreichen belgischen Aktiengesellschaften und anderen Gesellschaften. Die Vorschriften des belgischen Rechts über die Bekanntmachungen blieben in Geltung; nur das Blatt, in welchem sie erfolgen, wurde geändert. Das belgische Gesetz- und Verordn.-Bl. entspricht daher gleichzeitig dem Reichsgesetzblatt, dem Zentralblatt des Deutschen Reichs und der Handelsbeilage des Reichsanzeigers.

Das Ges.- und V.-Bl. wird herausgegeben von der »Politischen Abteilung bei dem Generalgouverneur in Belgien«. Außer dem Gesetz- und Verordn.-Bl. erscheint seit dem 24. 4. 15 das »Militär-Verordnungsblatt des Generalgouvernements in Belgien«. In dasselbe haben alle militärischen, die Armee und ihre Angehörigen betreffenden

»Mitteilungen von allgemeiner Bedeutung und alle Verfügungen nicht geheimer Natur, deren Herausgabe nicht von mir (dem Generalgouverneur) oder dem obersten Truppenbefehlshaber als besonders eilig und daher im Sonderdruck herzustellen bezeichnet sind, Aufnahme zu finden« [9]).

Es entspricht also den deutschen Armee-Verordnungsblättern.

---

[9]) Auch solche Anordnungen werden nicht selten durch Maueranschlag zur Kenntnis der Bevölkerung gebracht.



Eine besondere vollständige Sammlung der für die Stadt Gent und Umgebung erlassenen Verordnungen und Bekanntmachungen vom 12. 10. 14 bis 31. 7. 15 ist veröffentlicht worden, weil Gent als Etappenhauptort der vierten Armee nur vorübergehend (Okt. und Nov. 1914) zum Bereich des Generalgouverneurs gehörte [10]. Auch erscheint seit dem 2. 1. 15 ein »Verwaltungsblatt für die Provinz Limburg«, in welchem die meisten Verordnungen des Generalgouverneurs und die Anordnungen des Provinzial-Militärgouverneurs und des Präsidenten der Civilverwaltang der Provinz bekannt gemacht werden [11].

b) Die Staatsverträge, welche der belgische Staat vor der Okkupation abgeschlossen hat und welche durch staatsrechtlichen Akt die Kraft von belgischen Gesetzen erhalten haben, behalten wegen dieser ihnen erteilten Sanktion wie andere Gesetze ihre Geltung. Diese kann ihnen aber wie anderen belgischen Gesetzen durch Verordnung des Generalgouverneurs entzogen werden. Dieses Recht findet darin eine Schranke, daß dadurch die anderen Staaten gegenüber vertragsmäßig übernommenen (internationalen) Pflichten verletzt werden würden. Aus diesem Grunde findet die Außerkraftsetzung dieser Verträge in der Regel nicht statt.

Durch den Krieg wird aber die Erfüllung dieser Pflicht unter den kriegführenden Staaten aufgehoben und damit verlieren die mit ihnen geschlossenen Verträge, auch wenn sie mit der militärischen Aktion keinen unmittelbaren Zusammenhang haben, wie Handels- und Zollverträge, Münzverträge, Post- und Eisenbahnverträge usw. mit ihrer internationalen auch ihre innerstaatliche Geltung gegenüber den feindlichen kriegführenden Staaten, ohne daß es ihrer Außerkraftsetzung bedarf.

Infolge des Wesens und Zwecks der kriegerischen Okkupation tritt aber die eigentümliche Modalität ein, daß als feindliche kriegführende Staaten nicht diejenigen anzusehen sind, welche sich mit Belgien im Kriegszustande befinden, sondern diejenigen, welche gegen den okkupierenden Staat Krieg führen. Daher verlieren auch die Staatsverträge, welche zwi-

[10]) Gütige Mitteilung des Herrn Kriegsgerichtsrats Dr. Friedmann in Antwerpen.

[11]) Siehe D. Jur.-Z. 1915 S. 852.



schen Belgien und dem Deutschen Reich oder einem Deutschen Bundesstaat oder mit einem der mit dem Deutschen Reich verbündeten Staaten abgeschlossen worden sind, ihre Geltung, da im Verhältnis zu diesen Staaten Belgien selbst ein feindlicher Staat ist.

c) Der Kriegsgebrauch ist kein Inbegriff von Rechtssätzen, keine Rechtsquelle; er ist eine tatsächliche Uebung zur Abwendung oder Rächung feindseliger Handlungen und zur Erreichung der durch die Kriegführung gebotenen Zwecke. Die kriegsgebräuchlichen Vergeltungsakte haben eine nur äußerliche Aehnlichkeit mit gesetzlich bestimmten Strafen, indem sie wie diese in der Zufügung eines Uebels bestehen. Aber es besteht keine rechtliche Pflicht, sie zuzufügen. Der Spion oder Verräter braucht nicht erschossen, das Haus, aus welchem heimtückische Angriffe erfolgt sind, braucht nicht zerstört zu werden. Es bedarf andererseits keines gesetzlich geregelten Verfahrens und keines rechtskräftigen Urteils, um den auf frischer Tat ergriffenen Verräter zu erschießen, oder das Haus, aus welchem meuchlings auf die Truppen geschossen worden ist, zu zerstören. Es bedarf vor allem nicht der Feststellung einer Schuld. Die nach Kriegsgebrauch getroffene Maßregel, z. B. die Vernichtung eines Dorfes, die Zerstörung der an einer Straße gelegenen Häuser trifft nicht bloß die Schuldigen, sondern auch die Unschuldigen. Auch die Androhung, daß gegen gewisse Handlungen nach Kriegsgebrauch verfahren werden würde, die sich in zahlreichen Verordnungen findet, macht den Kriegsgebrauch nicht zu einer Rechtsquelle. Wenn das Strafgesetzbuch § 91 bestimmt, daß gegen Ausländer wegen der in den §§ 87, 89, 90 bezeichneten Handlungen nach dem Kriegsgebrauche zu verfahren ist, so wird dadurch der Kriegsgebrauch ebensowenig zu einer Art von Strafgesetz erklärt, wie die im Handelsgesetzb. § 346 vorgeschriebene Berücksichtigung der Handelsgebräuche und die im BGB. § 157 angeordnete Rücksicht auf die Verkehrssitte die Handelsgebräuche und die Verkehrssitte zu Privatrechtssätzen erheben.

Allerdings wurden auf den Konferenzen im Haag am 29. 7. 1899 und am 18. 10. 07 »Gesetze und Gebräuche des Landkriegs« vereinbart, die völkerrechtliche Verbindlichkeit haben sollten, aber »Gebräuche« lassen sich nicht im voraus

festsetzen. Gebräuchlich ist das, was tatsächlich geübt wird. Als der große Krieg ausbrach, kümmerten sich die zur Vernichtung Deutschlands verschworenen Regierungen nicht im geringsten um die Haager Vereinbarungen, sondern führten den Krieg in der rohesten und brutalsten Art, so daß auch Deutschland und seine Verbündeten zu Repressalien genötigt wurden, die dem Haager Abkommen nicht entsprachen. So wenig der Kriegsgebrauch eine Ergänzung des Strafrechts ist, ebensowenig bewährte er die Kraft völkerrechtlicher Satzungen.

Der Kriegsgebrauch geht neben den Gesetzen her; er wurzelt nicht in der Strafgewalt des Staats, sondern in der Kommandogewalt des obersten Kriegsherrn[12]) und der mit Ausübung derselben von ihm betrauten Befehlshaber. Die letztere ist im Kriege dem Feinde und der feindlichen Bevölkerung gegenüber weder durch Rechtssätze noch durch den Kriegsgebrauch gebunden, sondern ihre Ausübung wird ausschließlich durch das militärische Bedürfnis bestimmt und durch sittliche Pflichten der Humanität begrenzt[13]).

In überaus zahlreichen Verordnungen wird angedroht, daß die Zuwiderhandlungen »streng« oder »strengstens« bestraft werden; dies ist völlig analog der Androhung, daß sie »nach Kriegsrecht« oder »nach Kriegsgebrauch« bestraft werden. Hier wird es anschaulich, daß eine solche Androhung kein Strafrechtsgesetz ist.

7. Die Polizeiverordnungen. Das Verordnungsrecht der einheimischen (belgischen) Behörden ist aufgehoben V. vom 4. 1. 15 (S. 96). Ermächtigt zum Erlaß von Polizeiverordnungen sind außer dem Generalgouverneur innerhalb ihrer Zuständigkeit die Provinzgouverneure, die Festungs-

---

[12]) Vgl. meinen Beitrag zur Tagung richterl. Militärjustizbeamter in Brüssel am 17./18. Juli 1815 (Bericht über die Tagung von Oberkriegsgerichtsrat Willcke S. 22 f.).

[13]) Der Kriegsgebrauch ist daher auch kein gleichmäßiger, er wird durch den sittlichen Zustand eines Volkes mitbestimmt. Die bestialischen Horden Rußlands haben einen andern Gebrauch (Verwüstung Ostpreußens) als die Armeen sittlich gebildeter Völker. Aber auch diese bestimmen ihr Verhalten mehr nach ihrem leidenschaftlichen Nationalhaß als nach dem Gebrauch und der sittlichen Pflicht. Der gegenwärtige Krieg bietet dafür zahlreiche Beispiele, namentlich seitens der Engländer, die gern mit ihrer erheuchelten Sittlichkeit prahlen.

gouverneure, der Gouverneur von Brüssel und die Komman-(danten von Maubeuge und vom Truppenübungsplatz Beverloo, sowie die Etappenkommandanten. V. vom 12. 6. 15 Art. 2, S. 707)[14]. Sie werden verkündigt teils durch das Gesetz- und Verordn.-Bl. teils durch Maueranschlag unter Vermittlung der Ortspolizeibehörde, d. h. des Bürgermeisters oder Militär-Polizeimeisters. Sie betreffen die verschiedenartigsten Gegenstände, da die Wohlfahrtspflege der einheimischen Bevölkerung auch für die Okkupationsarmee eine unmittelbare oder mittelbare Bedeutung hat; vorzugsweise dienen sie aber den militärisch-politischen Bedürfnissen. Eine vollständige Aufzählung der Verordnungen wäre ohne staatsrechtliches Interesse und eine eingehende Erörterung ihres reichen Inhalts ist an dieser Stelle nicht möglich[15]. Nur als Beispiele mögen einige der wichtigsten Gegenstände aufgeführt werden, auf welche sie sich beziehen.

In erster Reihe steht die persönliche Sicherheit der Angehörigen der Okkupationsarmee und der deutschen Beamten und die Bestrafung der Spionage und anderer feindseliger Handlungen. Dahin gehören die Bekanntmachungen vom 26. 3. 15 (S. 347) über die Bestrafung der Spionage; das Verbot, daß Privatpersonen Photographien aufnehmen, V. vom 8. 10. 15 (S. 1173); die Vorschriften über das Halten von Tauben vom 22. 12. 14 (S. 91), vom 26. 3. 15 (S. 349) und namentlich vom 6. 10. 15 (S. 1209); das Waffenverbot und die Verpflichtung zur Ablieferung der Waffen (V. vom 16. 7. 15 S. 793); das Jagdreglement (V. vom 11. 8. 15 S. 915. 1087); das Sprengstoffgesetz (V. vom 1. 10. 15 S. 1135); die V. vom 3. 2. 15 (S. 133) über die Verantwortlichkeit der Gemeinden für gewisse in ihrem Bezirk verübte strafbare Handlungen.

Daran schließen sich Vorschriften gegen die Aufhetzung der Bevölkerung und die Betätigung deutschfeindlicher Gesinnung. Dahin gehören die V. über die Zensur von Drucksachen aller Art und von theatralischen u. dgl. Aufführungen vom 13. 10. 14 (S. 22); 4. 11. 14 und 25. 6. 15 (S. 731); gegen deutschfeindliche Umtriebe und Kundgebungen in Schulen,

---

[14]) Diese V. ist an die Stelle der V. v. 5. 2. 15 (S. 148) getreten. Siehe auch V. v. 3. 3. 15 (S. 291).

[15]) Eine Zusammenstellung belgischer Verordnungen, die aber keineswegs vollständig ist, gibt Schiffer in der D. Juristenz. 1915 S. 849 ff.

V. vom 6. 7. 15 (S. 741); das Verbot, in demonstrativer Weise belgische Abzeichen oder Abzeichen feindlicher Staaten zu tragen, V. vom 26. 6. 15 (S. 732); die V. vom 26. 1. 15 (S. 119) über Versammlungen und Vereine; V. vom 4. 9. 15 (S. 1001) über die Bestrafung von Schädigungen, welche Personen wegen ihrer deutschfreundlichen Gesinnung zugefügt werden. Dahin kann man auch zählen die V. vom 14. 8. 15 (S. 887) über die Bestrafung von Personen, welche die Uebernahme oder Fortsetzung einer im öffentlichen Interesse von deutschen Behörden verlangten, ihrer beruflichen Tätigkeit entsprechenden Arbeit ohne hinreichenden Grund verweigern oder welche es unternehmen, solche Personen von der Uebernahme oder Fortsetzung der ihnen übertragenen Arbeiten abzuhalten. Siehe auch die V. v. 14. 12. 15 S. 1435 über Hilfeleistung bei Bränden und gemeiner Not und Gefahr. Ferner eine Reihe von Verordnungen im Interesse der Hygiene, von denen die wichtigste und wegen der Zustände, die in Belgien geherrscht haben, dringendste die V. vom 3. 2. 15 (S. 159, 161) über die Sittenpolizei ist. Zu erwähnen ist ferner das Verbot, alkoholhaltige Getränke außer Wein und Bier an Soldaten zu verkaufen, V. vom 16. 6. 15 (S. 710). Hierher gehören auch die V. vom 30. 3. 15 (S. 401) über die Tollwut und die V. vom 27. 6. 15 (S. 740) betr. die Beseitigung der Kadaver seuchenkranker Tiere; namentlich aber die V. vom 8. 7. 15 (S. 775) über die Bestrafung der Verletzung der hygienischen Verordnungen.

Sehr zahlreich sind die Zahlungsverbote in die Gebiete der feindlichen Staaten, die Ausfuhrverbote und die volkswirtschaftlichen Anordnungen betreffend Nahrungsmittel, Rohstoffe, Meldepflicht von Vorräten, und Höchstpreise zur Vermeidung von Not und Teuerung und Bewucherung der Bevölkerung; sie sind vielfach den Kriegsverordnungen des Bundesrats nachgebildet.

Endlich mag hier die Fürsorge für die Durchführung der allgemeinen Schulpflicht, die Beaufsichtigung der Schulen und den Besuch der Volksschulen erwähnt werden. V. vom 3. 3. 15 S. 239; 2. 6. 15 S. 672; 28. 7. 15 S. 841.

8. Die Behörden.

Das Behördensystem ist im allgemeinen unverändert geblieben, soweit nicht durch den Krieg selbst und den Zweck der Okkupation Abänderungen erforderlich wurden. Es sind



daher zwei Gruppen von Behörden zu unterscheiden, die man als Okkupationsbehörden und Landesbehörden einander gegenüberstellen kann.

a) Die Okkupationsbehörden. An der Spitze der Regierung des gesamten okkupierten Gebiets steht der oben bereits oft erwähnte Generalgouverneur. In seiner Hand fließen die Gesetzgebung, die oberste Leitung der Verwaltung mit Einschluß der Landespolizei und der Staatsfinanzen und die Kommandogewalt über die zur Besetzung verwendeten Truppen zusammen; er übt die nach der belgischen Verf. dem Könige zustehenden Funktionen im Auftrage des deutschen kaiserl. Kriegsherrn aus. (V. vom 3. 12. 14 S. 62.) Ihm zur Seite steht der kaiserl. Chef der Zivilverwaltung (V. vom 2. 9. 14 S. 1) und der Verwaltungschef für das Bank- (und Geld)wesen. (V. vom 26. 8. 15 S. 956.)

Dem Generalgouverneur sind untergeordnet die (Militär-) Provinzialgouverneure an der Spitze der neun Provinzen (V. vom 3. 12. 14 S. 62), welchen Zivilkommissare beigeordnet sind (V. vom 8. 2. 15 S. 168). Unter diesen Provinzialbehörden stehen die Kommandanten und die Kreisvorsteher zur Verwaltung der Kreise (Commissaires d'arrondissements). Auch ihnen sind Zivilkommissare beigeordnet, die u. a. die Kommunalaufsicht ausüben. V. vom 8. 2. 15 S. 168, V. vom 5. 2. 15 S. 147, 3. 3. 15 S. 291, 11. 7. 15 S. 778. Zur Aufsicht über das Schulwesen sind Kreisschulinspektoren eingesetzt worden (V. vom 28. 7. 15 S. 841).

Dazu kommen die zur Leitung der staatlichen Betriebe, der Eisenbahn, Post, Telegraphen und Telephone, Bergwerke usw. eingesetzten Behörden; die Behörden zur Handhabung der Zensur für Drucksachen u. dgl. (V. vom 13. 10. 14 S. 22), sowie die Kommissionen zur Durchführung wirtschaftlicher Anordnungen[16].

Diese Behörden sind Okkupationsbehörden auch wenn Inländer (Belgier) Mitglieder derselben sind.

[16]) V. v. 26. 4. 15 (S. 475) über die Verteilung der in Belgien gewonnenen Steinkohle; V. v. 23. 7. 15 (S. 829) über die Zentral-Erntekommission und die Erntekommissionen; die V. v. 23. 7. 15 (S. 881) über die Oelzentrale; die V. v. gleichen Tage (S. 832) über die Hauptstelle für Gas-, Wasser- und Elektrizitäts-Verteilung in Brüssel, V. v. 3. 6. 15 (S. 679) betr. die Errichtung und die Aufgaben der Schmierölzentrale in Antwerpen, usw.



b) Die Landesbehörden haben im allgemeinen ihre gesetzliche Organisation, Zuständigkeit und Gliederung behalten. Ihr gegenwärtiger Bestand ist aus dem belgischen Budget für 1915 (V. vom 2. 5. 15 S. 529 ff.) ersichtlich. Die Ausgaben für die Behörden sind im Budget gemäß der in Belgien hergebrachten Uebung nach Ministerien geordnet, von denen 10 vor Ausbruch des Krieges vorhanden waren. Von diesen sind durch die Besetzung fortgefallen die Ministerien für die auswärtigen Angelegenheiten, für die Kolonien, das Kriegsministerium und das Ministerium der Eisenbahnen, Post und Telegraphie, nebst allen diesen Ministerien untergeordneten Behörden. Auch in den Etats der anderen Ministerien sind die Kosten der Minister selbst, deren Funktionen durch deutsche Beamte wahrgenommen werden, gestrichen, im übrigen aber sind die Kosten der den Zentralstellen untergeordneten Behörden aller Instanzen aufgeführt; diese Behörden also bei Bestand erhalten.

c) Die Gerichtsverfassung der Zivilgerichtsbarkeit ist unverändert geblieben; es bestehen die Friedensgerichte und Polizeigerichte, die Tribunale erster Instanz und die Handelsgerichte, die Appellationsgerichte und der Kassationshof fort[17]). Sie sind Landesgerichte; die persönlichen und sachlichen Ausgaben für diese Gerichte sind Kosten der Landesverwaltung; die Einnahmen aus der Gerichtsbarkeit fließen in die Landeskasse. Die rechtskräftigen Erkenntnisse werden im Namen des Königs der Belgier für vollstreckbar erklärt. Siehe oben S. 6.

Diese Gerichtsverfassung wird aber ergänzt und erheblich verändert durch die Kriegsgerichte. Sie sind Okkupationsgerichte. Die Kosten der Militärjustiz sind im Budget des Justizministeriums Kapitel III Art. 14/17 gestrichen. Ihre Organisation, ihre Besetzung, ihr Verfahren, die Rechtsmittel und Instanzen bestimmen sich nach der deutschen Militär-Strafprozeßordnung und dem Einf.-Ges. zu ihr Art. 3. Die Zuständigkeit ist aber weit über die in der Mil.St.G.O. gezogenen Schranken erstreckt; die überwiegende Mehrzahl aller vom Generalgouverneur erlassenen Verordnungen erklärt

---

[17]) Vgl. das Budget des Justizministeriums Kap. II. Zu erwähnen ist ferner die V. v. 10. 2. 15 (S. 162 ff.) über die Mietsschiedsgerichte, mit Ausschluß der Advokaten und Anwälte (avoués).

die Militärgerichte und bisweilen für leichtere Fälle auch die Militärbehörden für zuständig über Verletzung dieser Vorschriften zu erkennen [18]). Dadurch wird zugleich die Zuständigkeit der zivilen Gerichte aller Instanzen ausgeschlossen. Die Zuständigkeit der Militärgerichte erstreckt sich daher nicht nur auf die Militärpersonen und die in der M.St.G.O. erwähnten Personen, sondern sie ist subjektiv unbeschränkt; sie ist eine allgemeine, keine besondere Standes-Gerichtsbarkeit.

9. Die Beamten. Mit Ausnahme der leitenden Chefs der Behörden, nämlich außer dem Generalgouverneur selbst, den Provinzialgouverneuren, Kreischefs, Militär-Polizeimeistern und den ihnen vom Generalgouverneur beigeordneten Beamten, sind die einheimischen Beamten in ihren Dienststellungen verblieben, insoweit sie sich dazu bereit erklärt haben. Durch Bekanntmachung des Generalgouverneurs vom 4. 1. 15 (S. 96) sind die belgischen Beamten aufgefordert worden, ihre Amtsgeschäfte wieder aufzunehmen und durch V. vom 20. 3. 15 (S. 338) sind diejenigen Beamten, welche dieser Aufforderung Folge leisteten, in ihre Funktionen wieder eingesetzt worden. Sie wurden auf die gewissenhafte Erfüllung ihrer Funktionen vereidet. Die ihnen zustehenden Ansprüche auf Gehalt, Pensionen usw. sind ihnen verblieben. Dagegen sind die aus dem Dienst des Reichs und der deutschen Bundesstaaten zur Dienstleistung in der Zivilverwaltung einberufenen Beamten, dem zunächst provisorischen Charakter der Kriegsokkupation entsprechend, kommissarisch beschäftigt und aus dem heimischen Dienstverhältnis beurlaubt, sie behalten daher ihren dienstlichen, sowie ihren bürgerlichen Wohnsitz bei; die Zeit ihrer Beschäftigung wird in ihr Dienstalter hinsichtlich der Gehaltsstufe und ihrer Pensionierung eingerechnet und sie führen ihren Amts- und Ehrentitel fort.

10. Das Geldwesen. Das Münzsystem ist im okkupierten Gebiet unverändert geblieben; es bestehen aber trotzdem zwei Währungen nebeneinander, die einheimische und die deutsche. Den einheimischen Münzen ist die Geldeigenschaft nicht entzogen, sie sind allgemeines gesetz-

---

[18]) Die Verordnungen, welche die Militärgerichte für zuständig erklären, sind so überaus zahlreich, daß es unmöglich ist, sie hier zusammenzustellen; es würde dies fast einem Verzeichnis der vom Generalgouverneur erlassenen Verordnungen gleichkommen.



liches Zahlungsmittel geblieben; den deutschen Münzen und Geldzeichen ist diese rechtliche Eigenschaft aber ebenfalls beigelegt worden und zwar in der Art, daß eine Mark mindestens zum Wert von 1,25 Frank in Zahlung genommen werden muß. V. vom 3. 10. 14 (S. 17). Durch Privatverträge kann die Verpflichtung deutsches Geld in Zahlung zu nehmen, wobei eine Mark mit mindestens 1,25 Fr. zu berechnen ist, nicht beseitigt werden. V. vom 15. 11. 14 (S. 39). Wer ohne behördliche Genehmigung Gold-, Silber- oder Nickelmünzen oder französische Banknoten zu einem ihren Nennwert übersteigenden Preis erwirbt oder zu erwerben sucht, sowie wer solche Münzen oder Banknoten an Personen, die sich nicht im Besitze einer behördlichen Genehmigung befinden, feilbietet, veräußert oder an diesem Geschäft teilnimmt, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahre und mit Geldstrafe bis zu 10000 Franken bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann ausschließlich auf Geldstrafe erkannt werden. Die Münzen und Noten werden eingezogen. Zuständig sind die Militärgerichte. V. vom 22. 5. 15 Art. 1 (S. 628). Die behördliche Genehmigung zum Betriebe dieser Geschäfte wird von dem Generalkommissar für die Banken schriftlich erteilt und im Gesetz- und V.-Bl. veröffentlicht. Daselbst Art. 2 (S. 629)[19].

Um dem Mangel an Scheidemünzen abzuhelfen hat der Generalgouverneur Zinkmünzen zu 5, 10 und 25 Centimes ausprägen lassen. V. vom 7. 8. 15 (S. 905)[20]. Man ist nicht verpflichtet, sie im Betrage von mehr als 5 Franken in Zahlung zu nehmen und sie werden bei bestimmten Kassen in Beträgen von mindestens 100 Fr. für jede Sorte gegen gesetzliche Zahlungsmittel umgewechselt[21]. Der Erlaß der Ausführungsbestimmungen ist dem Generalkommissar für die Banken in Belgien übertragen.

11. Das Bankwesen.

a) Die Banknoten. Die mit dem Privilegium der Notenausgabe ausgestattete Belgische Nationalbank hat auf Beschluß des belg. Staatsministeriums vom 26. 8. 14 ihren ge-

[19]) Siehe Ges.- u. V.-Bl. S. 724, 750, 792. Hirschfeld S. 23 Note.

[20]) Daselbst sind Prägung, Gewicht, Passiergewicht und Durchmesser festgesetzt.

[21]) Bei den Kassen der belgischen Nationalbank. Bekanntm. v. 18. 9. 15 (S. 1044.)

samten Metallbestand, eine große Menge zur Ausgabe fertiger Noten, ihre Notenklischees und Notenstempel, ferner die bei ihr deponierten Werte des Staates, die von Privaten als Kaution für den Staat hinterlegten Werte sowie die Wertpapiere der Caisse Générale d'Espargne et de Retraite nach London gebracht. Auch hat die Nationalbank der belgischen Regierung große Summen ohne Deckung auf Befehl des Finanzministers vorgeschossen [22]). Diese die Volkswirtschaft Belgiens auf das schwerste schädigenden und bedrohenden Maßregeln, welche das Gesetz und das Statut der Bank verletzen, begründen eine große Gefahr; denn sie entziehen den von der Nationalbank ausgegebenen Banknoten jede Sicherheit der Deckung. Die depossedierte belgische Regierung kann das nach England verbrachte Kapital zu Kriegszwecken und feindseligen Maßnahmen verwenden und es ist auch nicht ausgeschlossen, daß die englische Regierung es sich widerrechtlich aneignet und die von der Nationalbank ausgegebenen Noten ihrer Deckung definitiv beraubt.

Auf Grund dieser Erwägungen hat der Generalgouverneur durch die V. vom 22. 12. 14 (S. 82) verfügt, daß »die Belgische Nationalbank von diesem Tage ab weder neue Noten ausgeben noch Noten wieder in den Verkehr bringen darf, die an sie zurückgeflossen sind oder in Zukunft zurückfließen. Der Generalkommissar ist ermächtigt, alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen und Ausnahmen von diesem Verbot in besonderen Fällen zuzulassen. Uebertretungen des Verbots werden mit Gefängnis nicht unter zwei Jahren und mit Geldstrafe nicht unter 100 000 Franken bestraft. Der Versuch ist strafbar. Zuständig zur Aburteilung sind die Militärgerichte«. Zugleich wurden der (belgische) Gouverneur und der Staatskommissar des Instituts abberufen. Zur Ergänzung dieser V. bestimmte die V. vom 9. 1. 15 (S. 103) Ziff. 2, daß diejenigen Noten der belgischen Nationalbank, die bis zum 5. 11. 14 [23]) ausgegeben worden sind, gesetzliche Zahlkraft und Zwangskurs behalten. Das Verbot, diese Noten, wenn sie an die Nationalbank zurückgeflossen sind, nicht wieder auszugeben, wird dadurch nicht berührt.

[22]) Siehe die Bekanntm. des Generalgouverneurs v. 22. 12. 14 (S. 82 f.)

[23]) Oder nach diesen Tagen mit besonderer Genehmigung des Generalkommissars.



An Stelle der belgischen Nationalbank wurde durch die V. vom 22. 12. 14 der Société Générale de Belgique das ausschließliche Recht zur Ausgabe von Banknoten (zunächst für die Dauer eines Jahres) erteilt, bis zum 22. 12. 16 verlängert durch V. v. 14. 12. 15 (S. 1428). Durch die V. vom 9. 1. 15 Ziff. 1 sind diese Noten zum gesetzlichen Zahlungsmittel mit Zwangskurs und gegenteilige Abmachungen für ungültig erklärt. Die Ausgabe der Banknoten geschieht durch ein Notendepartement, dessen Geschäfte von den übrigen Geschäften der Bank vollkommen getrennt sind. Für das Notendepartement ist am 9. 1. 15 (S. 108 ff.) ein Statut ergangen, welches dem deutschen Bankgesetz und dem Statut der Reichsbank nachgebildet ist und wie diese die Sicherheit der ausgegebenen Banknoten und deren Deckung gewährleistet. Das Notendepartement steht unter der Aufsicht eines Regierungskommissars, dem im Art. 14 des Statuts sehr weitreichende Befugnisse eingeräumt sind.

b) Die Bankaufsicht. Alle belgischen Banken und Bankfirmen (Banquiers) dürfen während der Dauer des Krieges ihren Geschäftsbetrieb nicht in einer den deutschen Interessen widerstreitenden Weise führen; sie dürfen insbesondere weder mittelbar noch unmittelbar Gelder oder sonstige Vermögenswerte in das feindliche Ausland, auch nicht in die von den deutschen Truppen nicht besetzten Gebietsteile Belgiens, abführen oder überweisen. Zweigniederlassungen nichtbelgischer Banken, die ihren Hauptsitz in einem mit dem Deutschen Reich im Kriegszustande befindlichen Staate haben, sind zu liquidieren; sie dürfen neue Geschäfte nur insoweit eingehen als es zur Liquidation erforderlich ist und haben die Aktiva, welche nach Begleichung der unter den jetzigen Umständen erfüllbaren Verpflichtungen verbleiben, während der Dauer des Krieges an einer bestimmten Stelle zu hinterlegen.

Zur Durchführung dieser Bestimmungen werden alle Banken und Bankfirmen der Aufsicht des Generalgouverneurs unterworfen, welche von dem Generalkommissar für die Banken ausgeübt wird[24]). Der letztere ist berechtigt, seine

[24]) Die dem Generalkommissar durch V. v. 26. 11. 14 (S. 49) und 17. 2. 15 (S. 178) übertragene Aufsicht über Unternehmungen, die einen industriellen Betrieb unterhalten oder Warenhandel oder Versicherungsgeschäfte betreiben, ist durch V. v. 26. 8. 15 (S. 956) dem Verwaltungschef bei dem Generalgouverneur übertragen worden.

Befugnisse auf Spezialkommissare zu übertragen. Seinen Anordnungen und Weisungen haben die Leiter und Angestellten aller beaufsichtigten Banken und Bankfirmen Folge zu leisten. Die Banken und Bankfirmen haben auf Verlangen für die Einhaltung dieser Vorschriften Kautionen zu stellen. Das Eigentum und die Privatrechte bleiben gewahrt. Die Kosten der Kontrolle haben die Banken und Bankfirmen anteilig zu tragen. V. vom 18. 9. 14 (S. 7 f.).

c) Die Vorschußkasse. Durch V. vom 2. 4. 15 (S. 402) wurde bei der Bankabteilung beim Generalgouverneur eine Vorschußkasse mit dem Sitz in Brüssel errichtet, zu dem Zwecke, Vorschüsse auf solche Empfangsscheine zu gewähren, die für requirierte Massengüter ausgestellt worden sind. Die Kasse wird von einer aus mindestens 3 Mitgliedern bestehenden Direktion unter dem Vorsitz des Generalkommissars für die Banken geleitet. Der Direktion ist ein aus 5 Mitgliedern bestehender Beleihungsausschuß beigegeben. Durch V. vom 22. 5. 15 (S. 661) wurde die Vorschußkasse der Reichsentschädigungskommission in Berlin in der Stellung einer Vorprüfungskommission angegliedert.

12. Das Finanzwesen erleidet infolge des Krieges und der Okkupation des belgischen Staatsgebiets die eingreifendsten Veränderungen [25]). Durch die Kriegsschäden, durch die Einschränkung des wirtschaftlichen Verkehrs, durch die Landflucht eines großen Teils der Bevölkerung, namentlich der wohlhabenden, durch die Verminderung und Erschwerung der industriellen Tätigkeit sind die Erträge der gesetzlichen Einnahmequellen stark zurückgegangen, namentlich der Personalsteuern und der Zölle und Verbrauchsabgaben oder ganz fortgefallen, z. B. die Ueberschüsse der Post und Telegraphie [26]), der Staatsbahnen, des Dampfschiffahrtsbetriebes zwischen Ostende und Dover u. a. Andererseits sind sehr erhebliche Ausgabenbeträge fortgefallen, namentlich die Zivilliste des Königs, die gesamten Kosten der bewaffneten Macht, der Kolonialverwaltung, der Verwaltung der auswär-

[25]) Vgl. den Artikel in der Frankfurter Zeitung. Erstes Morgenblatt v. 11. Nov. 1915 Nr. 313.

[26]) Belgien hat vielmehr zu den Kosten der deutschen Post- und Telegraphenverwaltung in Belgien einen Anteil (20 Mill. M.) zu zahlen. Annex zum Budget des Finanzministeriums f. 1915 Kapitel VI.



tigen Angelegenheiten, die Diensteinkünfte der Minister und der leitenden Beamten der einzelnen Verwaltungszweige, welche ihren Dienst verlassen haben, die Kosten des Parlaments, die gesamten Kosten der Miliz und des Ordenswesens und namentlich die Beträge zur Verzinsung und Tilgung der eigentlichen Staatsschuld (Anleihen und Schatzanweisungen im Gegensatz zu Pensionen, Unterstützungen und auf besonderen Titeln beruhenden Verpflichtungen). Während im Voranschlag für 1914 die Einnahmen (rund) 807 Mill. Fr., die Ausgaben 815 Mill. Fr. betrugen, belaufen sich nach dem Budget für 1915 die Einnahmen nur auf 175 Mill., die Ausgaben auf 198 Mill. Fr. Im einzelnen ist dabei zu bemerken:

a) Der aus dem Begriff der kriegerischen Besetzung sich ergebende und im Art. 48 des Haager Abkommen anerkannte Grundsatz, daß die in dem besetzten Gebiete bestehenden Abgaben, Zölle und Gebühren weiter erhoben und aus diesen Einnahmen die Kosten der Verwaltung bestritten werden, ist durch Bekanntmachung vom 12. 11. 14 (S. 38) verkündet worden. Diese Abgaben, Zölle und Gebühren sind daher nach wie vor an die zuständigen belgischen Steuerstellen, die ihren Dienst weiter ausüben, abzuführen. Siehe für 1916 die V. v. 23. 12. 15 (S. 1471).

b) Durch V. vom 16. 1. 15 (S. 115) ist eine Abwesenheits-Besteuerung eingeführt worden, deren Zweck zwar kein finanzieller ist, sondern darin besteht, die Belgier, welche in der Zeit nach Ausbruch des Krieges freiwillig ihren Wohnsitz verlassen und sich länger als zwei Monate außerhalb Belgiens aufgehalten haben, zur Rückkehr nach Belgien zu veranlassen; die aber doch auch eine Einnahmequelle ist [27]. Ihr Ertrag ist im Budget für 1915 auf 1,5 Mill. Fr. veranschlagt. Die Steuer besteht in einem Zuschlag zur staatlichen Personalsteuer in Höhe des Zehnfachen dieser Steuer einschließlich der Staatszuschläge [28]. Von dem tatsächlichen Aufkommen

---

[27]) Ausführungsbest. dazu v. 22. 2. 15 S. 267 mit einer Ergänzung v. 22. 5. 15 S. 630.

[28]) Befreit von der Steuer sind die im Art. 2 aufgeführten Steuerpflichtigen, deren rollenmäßig veranlagte Steuer einen gewissen Betrag nicht übersteigt. Auch ist der Verwaltungschef bei dem Generalgouverneur ermächtigt, aus Billigkeitsgründen Befreiung von dem Steuerzuschlag zu gewähren.

der Steuer erhält die Gemeinde, in der der Steuerpflichtige zur Personalsteuer für 1914 veranlagt ist, die Hälfte (Art. 3).

c) Die Besteuerung der Notenbank (Société Générale) ist nach den Vorschriften vom 9. 1. 15 Art. 12 (S. 105) eine doppelte. An die deutsche Verwaltung ist abzuliefern die Einnahme aus der Differenz zwischen dem Zinsfuß von 3½ Prozent und dem tatsächlich berechneten Wechsel- und Darlehnszinsfuß, ferner ⅛ Prozent für das Vierteljahr von der durchschnittlichen Notenzirkulation [29]). Der Ertrag ist im Budget für 1915 (Einnahmen Art. 51 a) auf zwei Mill. Fr. veranschlagt.

d) Die Einnahmen aus den Zöllen sind durch eine Reihe von Anordnungen beeinflußt, welche bereits oben S. 8 Anmerk. 4 zusammengestellt sind.

e) Unter den Ausgaben befindet sich ein Posten von 4½ Mill. Fr. als Beitrag zu den Kosten der deutschen Verwaltung in Belgien [30]). Aus diesem Fonds wird wohl hauptsächlich die Besoldung der deutschen Beamten entnommen, welche in der Zivilverwaltung verwendet werden an Stelle der belgischen Beamten, welche ihre Stelle verlassen haben [31]).

f) Anleihen können von dem landesflüchtigen Könige und seiner sog. Regierung mit Verbindlichkeit für das Land nicht aufgenommen werden. Da ihm die Ausübung der Staatsgewalt entzogen ist, kann er den belgischen Staat nicht vertreten, weder in völkerrechtlicher, noch in staatsrechtlicher, noch in vermögensrechtlicher Beziehung. Wenn er von England unter der Bezeichnung als Darlehen Geld dafür bekommen hat, daß er seine Untertanen für England in den Tod getrieben und sein Land allen Schäden des Kriegs ausgesetzt hat, so wird der belgische Staat zur Rückzahlung nicht verpflichtet, unter welchem Namen und in welchen Formen auch das Geld gegeben und genommen worden ist. Auch der Gesichtspunkt der nützlichen Verwendung kann dafür nicht geltend gemacht werden, da die Beteiligung Belgiens am Kriege nicht

[29]) Dabei werden nicht berechnet die Banknoten, welche gegen Darlehen auf Schatzscheine ausgegeben worden sind, siehe unten.

[30]) Annex zum Budget des Finanzministeriums Kapitel VII Art. 32.

[31]) Dazu kommt der oben erwähnte Beitrag von 20 Millionen Frcs. zu den Kosten der Post- und Telegraphenverwaltung.



im eigenen Interesse, sondern im Interesse und unter der Botmäßigkeit Englands stattgefunden hat.

Auch die deutsche Verwaltung hat aus formellen und tatsächlichen Gründen Anleihen zu Lasten des belgischen Staates nicht aufnehmen können. Da das Parlament außer Tätigkeit getreten ist, konnte die gesetzlich erforderliche Zustimmung desselben nicht erteilt werden, und bei dem provisorischen Charakter der Besetzung des Staatsgebietes und den durch den Krieg herbeigeführten politischen und wirtschaftlichen Zuständen war die Aufnahme einer Staatsanleihe untunlich. Dagegen wurde der Bevölkerung eine Kriegskontribution von 40 Mill. Fr. monatlich auferlegt. Die Verpflichtung zur Zahlung liegt den neun Provinzen ob, die für die geschuldeten Beträge als Gesamtschuldner haften. Die Zahlung hat bis zum 10. eines jeden Monats an die Feldkriegskasse des Kaiserl. Generalgouvernements in Brüssel zu erfolgen. Zur Beschaffung von Zahlungsmitteln seitens der Provinzen wurden diese zur Ausstellung von Schuldurkunden ermächtigt, deren Form und Inhalt der Kaiserl. Generalkommissar für die Banken bestimmt. V. vom 10. 12. 14 S. 93 und vom 10. 11. 15 S. 1311. Zur Ausführung dieser Vorschriften wurden die Provinzialräte der belgischen Provinzen zu einer außerordentlichen Tagung in die Provinzialhauptstädte einberufen. Die Tagung dauert nicht länger als einen Tag, findet unter Ausschluß der Oeffentlichkeit statt und der einzige Gegenstand der Beratung und Beschlußfassung ist die Art der Aufbringung der der Bevölkerung des belgischen Staats auferlegten Kriegskontribution. Die Provinzialräte sind bei dieser Tagung ohne Rücksicht auf die Zahl der anwesenden Mitglieder beschlußfähig. V. vom 8. 12. 14 S. 63; vom 13. 11. 15 S. 1319; vom 1. 12. 15 S. 1373. Vergl. V. v. 11./14. 12. 15 S. 1443. Die Provinzialräte verschaffen sich die zur Zahlung der Kontribution erforderlichen Mittel durch Ausgabe von Schatzanweisungen unter solidarischer Verpflichtung, welche von dem Notendepartement der Société Générale angekauft oder diskontiert werden. Vorschriften vom 9. 1. 15 Art. 6 Ziff. 7 (S. 105).

g) Durch V. vom 2. 5. 15 (S. 529 ff.) wurde für das Rechnungsjahr 1915 das Budget festgestellt. Dazu ist die V. v. 15. 12. 15 (S. 1449) ergangen betreffend die Genehmigung der

Uebertragungen der Kredite, der Bewilligung von Ergänzungskrediten und verschiedener Textänderungen. An der rechtlichen Bedeutung, welche das Budget nach belgischem Recht hat, ist nichts geändert[32]) und die übliche Form ist beibehalten worden. Nach einer übersichtlichen Zusammenstellung der voraussichtlichen Einnahmen folgen für jedes Ministerium besondere Ausgaben-Voranschläge mit der hergebrachten Spezialisierung in Kapitel und Artikel[33]); das Budget ist also eine Aneinanderreihung von Ausgabebudgets der einzelnen Ministerialressorts, soweit dieselben noch bestehen. Siehe oben S. 18. Das Budget für 1915 balanziert nicht in Einnahmen und Ausgaben; es weist einen Mehrbetrag der Ausgaben von 23 Mill. Franken auf; die Deckung des Mehrbetrages ist einer besonderen Verordnung vorbehalten, die wohl erst nach Feststellung des Istbetrages des Defizits erfolgen wird. Zur Ergänzung des Budgets der Staatsverwaltung ist durch V. vom 20. 11. 15 S. 1357 das Budget der Einnahmen und Ausgaben für Rechnung Dritter für 1915 festgestellt worden. Es beziffert sich auf 120873635 Fr. Für das Rechnungsjahr 1916 sind den einzelnen Ministerien vorläufige Kredite gewährt worden durch V. vom 23. 12. 15 (S. 1469).

h) Der Rechnungshof wurde durch V. vom 30. 6. 15 S. 767 ermächtigt, seine ihm gesetzlich zugewiesene Tätigkeit[34]) wie bisher fortzusetzen. Die im Januar 1915 erloschenen Mandate des Präsidenten, der Räte und des Greffier wurden, soweit die Inhaber anwesend sind, mit rückwirkender Kraft vom Tage ihres Erlöschens ab bis auf weiteres verlängert. Der Rechnungshof ist keine Okkupations-, sondern eine Landesbehörde[35]).

13. Zum Schluß möge noch die wirtschaftliche Bedeutung der Verwaltung Belgiens während der deutschen Besetzung kurz erwähnt werden. Der Generalgouverneur und die ihm beigegebenen und untergeordneten Behörden und Beamten sorgten mit größtem Eifer und bestem Erfolge für die Linde-

[32]) Vgl. über das belgische Budgetrecht Errera, Staatsrecht des Königr. Belgiens (Tübingen 1909), S. 176 ff.

[33]) Diese Einteilung ist äußerlich auch festgehalten für solche Ausgaben, welche infolge der Okkupation sachlich fortgefallen sind. Die Artikelnummern werden pro memoria aufgeführt ohne Angabe eines Betrages.

[34]) Vgl. darüber Errera a. a. O. S. 183 ff.

[35]) Siehe den Ausgaben-Etat des Rechnungshofes im Budget S. 541.

rung der Not der Bevölkerung, für die Versorgung derselben mit Nahrungsmitteln, für die Heimkehr der Landesflüchtigen, für den ordnungsmäßigen Betrieb der Landwirtschaft, für die Wiederbelebung der Industrie und des Bergbaus, für den Umlauf gesicherter Zahlungsmittel, für die Entwicklung des Handels usw., soweit dies alles unter den Kriegsverhältnissen möglich war. Belgien wurde gepflegt und zur neuen Blüte gebracht, wie man einen, von einem Unfall Betroffenen pflegt und seiner Genesung entgegenführt.

Wenn dereinst der Krieg beendigt, die durch ihn aufgestachelte leidenschaftliche Erbitterung der belgischen Bevölkerung beruhigt und der dem Lande durch die leichtfertige Beteiligung an dem, dem Deutschen Reich aufgedrungenen Krieg zugefügte schwere Schaden ausgeglichen sein wird, werden urteilsfähige und gerechte Kenner der Okkupationsverwaltung anerkennen, wie wohlwollend sie geführt worden ist, wie sehr sie bemüht war, geordnete Verhältnisse wieder herbeizuführen und wie schonend sie die bestehenden Gesetze, Einrichtungen und Traditionen behandelt hat.

Abgeschlossen Ende Dezember 1915.



Beamtenstaat und Volksstaat.

Von

Fritz Fleiner,

Professor an der Universität Zürich.

Jede wissenschaftliche Betrachtung des Staates geht seit Aristoteles von dem Gegensatz der Staatsformen Monarchie und Republik aus. Die Umbildung des absoluten Staates des 18. Jahrhunderts in den modernen Rechtsstaat ist im Rahmen der überlieferten Verfassungsformen zu erreichen gewesen durch die Einführung der Trennung der Gewalten [1]). Indem diese sachlich der Verwaltung alle staatliche Tätigkeit außerhalb der Rechtsetzung und Rechtsprechung vorbehalten hat [2]), ist auch der für die Besorgung dieser zentralen Aufgabe erforderliche Beamtenapparat in den Mittelpunkt des staatlichen Lebens gerückt worden. Die Anerkennung einer von der Gesetzgebung und Justiz getrennten Verwaltung hat die Verselbständigung der mit der Verwaltung betrauten Organe nach sich gezogen. Doch ist es nach der Einführung des Verfassungsstaats nirgends zu einer gänzlichen Neugestaltung der Verwaltungsorganisation gekommen. Man hat die historisch überlieferten Formen sich einfach in die neue Situation einleben, ihre veränderte Stellung ausfüllen lassen. Aber die Konkurrenz mit den zwei andern Mächten, Gesetzgebung und Justiz, ist für die Verwaltung der Ansporn zur Entwicklung ihrer Eigenart gewesen. Sie hat sich zunächst in einer besondern Verwaltungsorganisation ausgeprägt, in der die Richtung des öffentlichen Geistes des einzelnen Staates sichtbar geworden ist. Die Gestalt der Verwaltungsorganisation hat aber weiterhin die Stellung der Verwaltungstätigkeit im Staatswesen überhaupt und ihr Verhältnis zu den beiden andern staatlichen Funktionen und deren Trägern, zur gesetzgebenden und richterlichen Gewalt, beeinflußt. Mit ihr ist somit in jedem Lande die Verwirklichung des Rechts-

[1]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I [2] (1914), S. 56 f.

[2]) Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts [3] (1913), S. 3 f. Schoen, Deutsches Verwaltungsrecht, in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft IV [7], 1914, S. 195 f.

staates aufs engste verknüpft, d. h. des Staates, »der das Recht zur Grundbedingung seines Daseins erhebt, in dem alles in ihm rege Leben, das individuelle sowohl, als das der Gesamtheit im Verhältnis zu ihren Gliedern, unbeschadet der für dasselbe notwendigen Freiheit, dennoch in den Grundangeln des Rechts sich bewegt« [3]).

Ein Blick in das Leben zeigt uns, daß sich für die Ausübung der staatlichen Verwaltungstätigkeit im weitern Sinne im wesentlichen zwei Organisationsformen herausgebildet haben: der Beamtenstaat und der Volksstaat. Das äußerlich sichtbarste Zeichen des Beamtenstaats bildet das berufsmäßige Beamtentum; das des Volksstaats: die Bekleidung der öffentlichen Aemter durch aus den Reihen gerufene Bürger, die nach Beendigung des Amts wieder in ihren privaten Beruf zurückkehren. Dabei werden Gerichts- und Verwaltungsämter grundsätzlich gleich behandelt [4]). Dennoch geht der Gegensatz von Beamtenstaat und Volksstaat nur in der Verwaltung über die Bedeutung einer bloß organisatorischen Unterscheidung hinaus. Die vom Gesetze scharf umrissene Stellung der Justiz vermag er nicht zu beeinflussen. Die beiden Begriffe sind alt. Wie der klassische römische Freistaat das Muster eines Volksstaates war [5]), so entwickelte sich im Mittelalter die katholische Weltkirche mit ihrem Klerus zum glänzenden Beamtenstaat. Aber nicht auf einer Weiterbildung der römischen und kanonischen Gedanken beruhen die erwähnten modernen Organisationsformen. Der Beamtenstaat der Neuzeit ist aus dem landesfürstlichen Staat des 17. und 18. Jahrhunderts hervorgegangen, zu dessen Aufbau das kirchliche Recht und die deutsche Stadtverfassung Bausteine geliefert haben [6]). Der Volksstaat dagegen hat seine Wurzeln

[3]) O. Bähr, Der Rechtsstaat, 1864, S. 2.

[4]) Wach, Volksrichter und Berufsrichter, im Handbuch der Politik I² 327 fg. K. Ulrich, Die Bestellung der Gerichte in den modernen Republiken, Zürcher Diss. 1904.

[5]) Th. Mommsen, Abriß des römischen Staatsrechts², 1907, S. 81 f. 299 f., 318 f.

[6]) G. v. Below, Territorium und Stadt, 1900, S. 283 f.; Die städtische Verwaltung des Mittelalters als Vorbild der spätern Territorialverwaltung, Historische Zeitschrift Bd. 75, S. 396 f. A. Heusler, Deutsche Verfassungsgeschichte, 1905, S. 271 f. R. Schröder, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte⁵, 1907, S. 880 f.; weitere Literatur bei Brunner, Grundzüge der Deutschen Rechtsgeschichte⁵, 1912, S. 301 f.

in der alten germanischen Landsgemeindeverfassung, ferner in der Verfassung der Stadtaristokratien und den Ideen Rousseaus [7]. Der Gedanke liegt deshalb nicht fern, im Beamtenstaat die Organisationsform der Monarchie und im Volksstaat die der Republik zu erblicken. Allein schon der Hinweis auf die Verwaltungsorganisation des republikanischen Frankreich und andrerseits auf das fast gänzliche Fehlen des Berufsbeamtentums in England genügt zur Entkräftung dieser Annahme. Beamtenstaat und Volksstaat sind an sich an keine bestimmte Staatsform gebunden. Richtig ist nur soviel, daß der Beamtenstaat mit seinem von der Spitze abhängigen Beamtentum in vollem Einklang steht mit den Grundsätzen der Monarchie, der Regierung von oben, während der Volksstaat dagegen der republikanischen Auffassung von der allgemeinen Fähigkeit zur Bekleidung der öffentlichen Aemter gerecht wird. Darum wird in den folgenden Erörterungen das Beispiel Deutschlands und das der Schweiz stets im Vordergrund stehen, als der zwei Länder, die den Grundcharakter ihrer Verfassungen auch in der Organisation der öffentlichen Verwaltung am reinsten ausgeprägt haben. Aber daß innerhalb desselben Staats beide Formen nebeneinander Verwendung finden können, wenn der Staat ihrer bedarf zur Befriedigung verschiedenartiger Bedürfnisse, das zeigt gerade die Schweiz, die in den Kantonen den Volksstaat und in der umfangreichern Verwaltung des Bundes, d. h. im Bereich der Bundesstaatsgewalt, den Beamtenstaat in einer abgeschwächten Form verwirklicht hat. Es sei ferner auf Deutschland verwiesen, das neben der reinsten Form des Beamtenstaats demokratische Institutionen in der Selbstverwaltung besitzt, wie sie dem republikanischen, einseitig als Beamtenstaat organisierten Frankreich fehlen.

Der deutsche Territorialstaat ist von Haus aus ein B e a m t e n s t a a t, — neben dem landesfürstlichen Heer die glänzendste Schöpfung der deutschen Dynastien. Aus persönlichen Gehilfen des Fürsten bei der Führung der Staatsgeschäfte sind die Träger der öffentlichen Aemter im Verfassungsstaat zu Staatsorganen geworden. Das persönliche privatrechtliche Dienstverhältnis des Dieners zum Fürsten hat

[7] Fritz Fleiner, Entstehung und Wandlung moderner Staatstheorien in der Schweiz, 1916.



sich in das öffentlich-rechtliche besondere Gewaltverhältnis des Beamten zum Staat umgewandelt. Das Beamtenverhältnis untersteht nach allen Richtungen dem öffentlichen Recht[8]).

Wie schon erwähnt worden ist, zeigt sich das charakteristische Moment des Beamtenstaats darin, daß ein bestimmter Personenkreis aus freien Stücken sich dem Staate widmet, berufsmäßig dem Staate zu Diensten steht, und daß auf diese Schicht das Recht zur Führung der Staatsgeschäfte beschränkt ist, auf ihr allein aber die rechtliche und moralische Verantwortlichkeit für Gedeih und Verderb des Staates ruht. »Der Staat sind die Beamten«, sagt eine deutsche Redensart. Daraus erklärt sich die bekannte Vorschrift des deutschen Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetzes, derzufolge die Anstellung im Staats-, Gemeinde- oder Reichsdienst von Gesetzeswegen die Einbürgerung in den betreffenden Gliedstaat nach sich zieht[9]). Voraussetzung für den Eintritt in den Staatsdienst, für die Anstellung, ist aber der Nachweis, daß der Anzustellende die erforderlichen wissenschaftlichen und technischen Kenntnisse besitzt. Das Staatsexamen bildet die Türe zur Anstellung. Der deutsche Beamtenstaat ruht auf einer durch Examina gesicherten Grundlage[10]). Seinen vornehmsten Ausdruck findet das Beamtenverhältnis in der besondern Treu- und Gehorsamspflicht, der Subordination gegenüber den amtlichen Vorgesetzten. Aus der Subordination ergibt sich: daß der untergebene Beamte einen Dienstbefehl des Vorgesetzten nur auf die formelle Rechtmäßigkeit zu prüfen befugt ist[11]) und daß er, soweit seine Gehorsamspflicht reicht, gegen die rechtliche Verantwortlichkeit für die ihm befohlene Handlung gedeckt bleibt[12]). Nach der Gesetzgebung der meisten deut-

[8]) REHM, Die rechtliche Natur des Staatsdienstes (Hirths Annalen des Deutschen Reichs 1884 und 1885). Weitere Literatur bei LABAND, Staatsrecht des Deutschen Reiches[5] Bd. 1 (1911) S. 430. Art. „Beamtenschaft" von F. STEGEMANN und KLEWITZ, im Handbuch der Politik III[2] S. 103.

[9]) Reichsgesetz über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit, vom 11. Juni 1870, § 9; Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz v. 22. Juli 1913 § 14.

[10]) Württembergische Verfassungsurkunde v. 25. September 1819 § 44: „Niemand kann ein Staatsamt erhalten, ohne zuvor gesetzmäßig geprüft und für tüchtig erkannt zu sein . . ."

[11]) LABAND, Staatsrecht I S. 462 f. OTTO MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht II S. 236. SEYDEL-PILOTY, Bayrisches Staatsrecht, 1913, S. 716 f.

[12]) LABAND, Staatsrecht I S. 476.



schen Staaten ist es aber der vorgesetzten Behörde weiterhin möglich, die von einem Dritten wegen Amtspflichtverletzung angehobene straf- und zivilrechtliche Verfolgung eines Beamten zu verhindern, wenn es ihr gelingt, von dem zuständigen Verwaltungsgericht oder dem Reichsgericht eine sogenannte »Vorentscheidung« dahin zu erwirken, daß sich der Beamte »keiner Ueberschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht hat« (Einführungsgesetz zum Reichsgerichtsverfassungsgesetz § 11)[13]. Diese enge Zugehörigkeit zum Staat bedingt eine Beschränkung des Beamten in seiner staatsbürgerlichen Sphäre. In seiner politischen Gesinnung und Betätigung darf sich der Beamte niemals in Gegensatz setzen zu den herrschenden Anschauungen seiner Regierung.

Das wesentlichste Stück des deutschen Beamtenstaats ist kein Erzeugnis der Gesetzgebung, sondern der gesellschaftlichen Entwicklung: die Abschließung des Beamtentums zu einem festen sozialen Berufsstand[14]. Hier wirkt die alte ständische Gliederung des deutschen Territorialstaats nach und die Uebertragung der gleichzeitig zur Ausbildung gelangten militärischen Begriffe auf das Beamtentum. Mit dieser Einrichtung rechnet der staatliche Gesetzgeber bei der Ausgestaltung seines Beamtenrechts, wenn er z. B. vorschreibt, es habe sich der Beamte »durch sein Verhalten in und außer dem Amte der Achtung, die sein Beruf erfordert, würdig zu zeigen«, (Reichsbeamtengesetz § 10) oder wenn in Württemberg das Gesetz den Beamten, der sich verehelichen will, zur Einholung des sog. Ehekonsenses verpflichtet, die dem Vorgesetzten eine Prüfung darüber ermöglichen soll, ob der Heirat keine Standesbedenken entgegenstehen[15]. Andrerseits aber gewährt die Gesetzgebung dem Angehörigen dieses Berufsstandes eine gesicherte Lebensstellung, wie sie kein privater Beruf dazubieten vermag. Dadurch hat der deutsche Beamtenstaat zu allen Zeiten seine besten Kräfte gewonnen.

---

[13]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I² S. 202. Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts³, S. 94, 157.

[14]) Treitschke, Politik II³ S. 140, 484 f.

[15]) Fritz Fleiner, Staatsrechtliche Gesetze Württembergs S. 370. v. Rheinbaben, Art. „Beamte", im Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts² I, S. 366. Georg Meyer-Anschütz, Deutsches Staatsrecht⁶ S. 516. BGB § 1315.



Diese Sicherheit beruht in der grundsätzlichen Lebenslänglichkeit der Anstellung und in der standesgemäßen Alimentierung des Beamten durch Gehalt und Ruhegehalt und in der Versorgung der Witwen und Waisen des Beamten. Die Dienstentlassung, die Ausschließung aus dem Stand, ist nur auf Grund eines Disziplinarverfahrens durch den Spruch eines unabhängigen Disziplinargerichts möglich. So wurzelt der Beamte in erster Linie in seinem Stand. Dieser eröffnet ihm ein Aufsteigen in der Aemter-Hierarchie bis zur Spitze; denn auch die Minister wählt sich der Fürst regelmäßig aus dem höheren Beamtentum. Das ununterbrochene Leben im Stand stärkt das Standesgefühl und die Pflichttreue und fördert in hohem Maß die Geschäftstradition und die Sachkenntnis. Kein Beamtenstaat vermag ohne diese Elemente auszukommen. Die Nachteile dieser Institution, die dem Draußenstehenden regelmäßig rascher sichtbar werden, als die Lichtseiten, stellen gerade beim deutschen Beamtenstand »les défauts de ses qualités« dar: die große Spezialisierung erzeugt die Gefahr einer Verengerung des Gesichtskreises, und die einseitige Pflege der Standesanschauungen befördert ein Sichabschließen des Standes gegen Dritte und die Ausbildung von Standesvorurteilen.

Im Reich und in den Einzelstaaten ist das Beamtentum eine geschlossene, von der Spitze aus geleitete Organisation, ein weltlicher Klerus der Regierenden gegenüber den Regierten geworden. Durch die Ernennung von oben und die Dienstaufsicht des Vorgesetzten sind die Beamten in dauernde Abhängigkeit zur Regierung gestellt. Von dieser hängt ausschließlich ihre Beförderung ab. Die Volksvertretung übt darauf keinen Einfluß aus, und es entspricht den Ueberlieferungen des deutschen Beamtenstaates, wenn die Regierung ängstlich bestrebt ist, parlamentarische Einflüsse von dem Beamtentum fernzuhalten [16]. Einheitlichkeit des Willens, Pflichttreue und Sachkenntnis, das sind die drei Eigenschaften,

[16]) Die herrschende Ansicht nimmt demgemäß an, daß — solange ein Gesetz nichts anderes vorschreibt — die Reichstagsmitglieder verpflichtet sind, über die von ihnen im Reichstag vorgebrachten Tatsachen gerichtliches Zeugnis abzulegen. Es soll dadurch verhindert werden, daß ein Beamter unter Bruch der Amtsverschwiegenheit einen Abgeordneten ungestraft mit Nachrichten versieht. LABAND, Staatsrecht Bd. I S. 357.

mit deren Hilfe der deutsche Beamtenstaat die öffentliche Verwaltung Deutschlands auf ihre Höhe hinauf geführt hat.

Die Allmacht einer solchen Staatsverwaltung hat, wie bekannt, das deutsche Recht durch zwei Moderamina zu mildern versucht: durch die teilweise Dezentralisation der öffentlichen Verwaltung mit Hilfe von Selbstverwaltungskörpern (Gemeinden, Krankenkassen usf.), welche ihr eigenes, von der Staatsverwaltung unabhängiges Leben führen, und ferner durch die Aufnahme von »Laien«, nicht-beamteten Personen, in staatliche Verwaltungsbehörden. Der politische und historische Ausgangspunkt für die Ausbildung der Selbstverwaltung ist das Bestreben gewesen, ein gewisses Maß öffentlicher Verwaltungsgeschäfte durch einfache Bürger besorgen zu lassen [17]). Der Umfang der Selbstverwaltungsgeschäfte hat aber sehr früh die Selbstverwaltungskörper zur Anstellung von eigenen Berufsbeamten veranlaßt, und nun haben die Selbstverwaltungsverbände bei der Ausbildung dieses ihres Beamtenapparats das staatliche Vorbild nachgeahmt und dessen leitende Gedanken zur Grundlage genommen.

Eine eigentümliche Art des Beamtenstaats hat sich unter der dritten Republik in Frankreich entwickelt. Diese zeigt eine straffe, durch keine nennenswerte Selbstverwaltung gemäßigte Verwaltungszentralisation und ein von der Regierung ernanntes und von ihr abhängiges Berufsbeamtentum und scheint daher auf den ersten Blick die Züge des oben charakterisierten Normaltypus des Beamtenstaats an sich zu tragen [18]). Eine nähere Betrachtung lehrt aber, daß wesentliche Stücke daraus herausgebrochen sind. Vor allem fehlt in Frankreich die Abschließung der Berufsbeamten zu einem festen Stand mit bestimmten Standestraditionen und Standesanschauungen. Die Lücke wird ausgefüllt von der Routine und der Gabe der Franzosen zu einem raschen Sichzurechtfinden, — einem Ausfluß der geistigen Beweglichkeit des französischen Volkes. Der Beamte ist grundsätzlich

[17]) Fleiner, Institutionen[3] S. 91 f. Schoen, Deutsches Verwaltungsrecht, in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft[7] IV S. 200 f., S. 214 f.

[18]) Otto Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, 1886, S. 26 f., 41 f. Fritz Fleiner, Die Staatsauffassung der Franzosen, 1915, S. 8 f. (Vorträge der Gehe-Stiftung Bd. 7, Heft 4). Jèze, Das Verwaltungsrecht der französichen Republik, 1913, S. 61 f. (Das öff. Recht d. Gegenwart XXIII.) Hauriou, Précis de Droit administratif[8], 1914, p. 127 f.

ad nutum amovibel. Die Beamtenlaufbahn stellt keinen rechtlich gesicherten Lebensberuf dar. Dazu tritt ein anderes Moment: die beginnende Abhängigkeit des Beamtentums vom Parlament, die politische Patronage. Das französische parlamentarische System macht es den Parlamentariern möglich, ihre Günstlinge den von der Parlamentsmehrheit abhängigen Ministern für die Besetzung von Staatsämtern zu empfehlen und auf diesem Weg sich in der Verwaltung Einfluß zu verschaffen. Auf der andern Seite wird insbesondere die höhere Beamtenschaft der Ministerien bei dem raschen Wechsel der Minister das ruhende, mit den laufenden Geschäften allein vertraute Element und vermag so gegenüber einem in seinem Amte noch unerfahrenen Minister ein Uebergewicht zu erlangen. Darum ist auch unter dem parlamentarischen System in der innern Verwaltung die Bureaukratie — les bureaux, wie die Franzosen sagen — mächtig geblieben.

Die dritte Spielart stellt eine Uebergangsform vom Beamtenstaat zum Volksstaat dar, ein Kompromiß zwischen beiden Organisationen. Sie sucht das Bedürfnis nach einer einheitlichen und zielbewußten Führung der öffentlichen Geschäfte in Einklang zu bringen mit den Anforderungen der Demokratie. Das interessanteste Beispiel bildet die Bundesverwaltung der schweizerischen Eidgenossenschaft. Kein Berufsbeamtentum, aber eine Klasse von Personen, die sich in den Traditionen und der Atmosphäre einer großen öffentlichen Verwaltung bewegt. Keine Anstellung auf Lebenszeit, sondern eine solche auf eine bestimmte Zahl von Jahren, aber mit der sicheren Anwartschaft, daß der einzelne Beamte nach Ablauf der Amtsdauer wiedergewählt wird, wenn er sich keiner Pflichtverletzung schuldig gemacht hat. Darum ist das Bestreben der Bundesbeamten auf Einführung einer unabhängigen Disziplinargerichtsbarkeit gerechtfertigt. Endlich die Wahl der Beamten durch die Zentralbehörde des Bundes, den Bundesrat, und die Abhängigkeit von ihm als ihrer vorgesetzten Behörde. Ein durch ein Examen beizubringender Befähigungsnachweis wird nur bei wenigen Kategorien technischer Beamter (Post- und Telegraphenbeamte usf.) verlangt, während für die Mehrzahl die Erfordernisse der Anstellung von der Wahlbehörde gemäß den Bedürfnissen des Amtes aufgestellt werden; daher



können auch Personen zugelassen werden, die einen andern Befähigungsnachweis als ein Examenzeugnis beizubringen vermögen. Das läuft häufig auf eine Gleichstellung der in praktischer Betätigung gewonnenen Fachkenntnisse mit der akademischen Bildung hinaus. Die Bewerbung um freigewordene Bundesämter steht jedermann offen. Die Wahl der Beamten und ständigen Angestellten des Bundes erfolgt nach vorher ergangener öffentlicher Ausschreibung [19]).

Diese schweizerische Lösung deckt sich bis zu einem bestimmten Punkt mit der Ausgestaltung des Staatsdienstes in England. Hier wie dort hat sich die Beamtenschaft nicht zu einem vom Volke getrennten besonderen sozialen Stand abgeschlossen; die lebenslängliche Anstellung fehlt [19a]). Aber England hat — im Gegensatz zur Schweiz — zur Zurückdämmung der politischen Patronage, d. h. der von den Parlamentsmitgliedern ausgehenden Empfehlungen ihrer Günstlinge bei der Besetzung der Verwaltungsstellen, den Befähigungsnachweis und damit die Staatsexamina einführen und so die allgemeine Aemterfähigkeit beschränken müssen [20]).

Ebenso ist in den Vereinigten Staaten von Amerika die sog. Zivildienstreform des Jahres 1883 ein Kampfmittel gegen die politische Patronage gewesen. Die Zivildienstgesetzgebung unterwirft dort jedoch nur die Kandidaten für die niedern Unionsämter einer Konkurrenzprüfung und läßt bei der Besetzung der wichtigsten höhern Amtsstellen der Patronage einen um so größeren Spielraum, als diese Stellen nach der Unionsverfassung (Art. II § 2) vom Unionspräsidenten »mit Beirat und Zustimmung des Senats« (with the advice and consent of the senate) nach freiem Ermessen besetzt werden [21]).

---

[19]) Bundesgesetz über die Organisation der Bundesverwaltung, vom 26. März 1914 Art. 13. Zu beachten ist, daß die Mitglieder des Bundesrats und des Bundesgerichts nicht unter diese Bestimmung fallen. — Oeffentliche Ausschreibung der Stellen ist übrigens auch in Württemberg für alle Aemter von der vierten Rangstufe an abwärts vorgeschrieben. Göz, Württembergisches Staatsrecht S. 67.

[19a]) Hatschek, Englisches Staatsrecht II, S. 598.

[20]) Hatschek, Englisches Staatsrecht II, S. 578 f.

[21]) E. Freund, Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika, 1911, S. 139, 146. W. Hasbach, Die moderne Demokratie, 1912, S. 204.

Damit ist aber bereits der Uebergang zum Volksstaat gewonnen, als dessen eigentliche Heimat die schweizerischen Kantone gelten dürfen[22]. Der Volksstaat als Verwaltungsform ist emporgewachsen aus der Uebertragung demokratischer Grundsätze auf die öffentliche Verwaltung. Sein wissenschaftliches Verständnis wird dem Ausländer erschwert durch die Neigung der schweizerischen Literatur, schweizerische Einrichtungen wegen ihrer äußerlichen Aehnlichkeit mit ausländischen, insbesondere reichsdeutschen Erscheinungen mit den im deutschen Recht dafür geprägten Ausdrücken zu belegen. Damit wird aber die richtige juristische Charakterisierung verwischt. Versuchen wir diesen Fehler zu vermeiden, so gilt es, sich vor allem von der Einartigkeit aller öffentlichen Verwaltung im Volksstaat zu überzeugen. Dem schweizerischen Staatsrecht ist der politische Gegensatz von Staatsverwaltung und Selbstverwaltung fremd. Der Begriff der Selbstverwaltung[23] ist in Deutschland aus der Vorstellung entstanden, daß alle öffentliche Verwaltung grundsätzlich dem Fürsten und seinem Beamtentum gebührt, daß aber ein bestimmtes Maß davon den Interessenten, den Untertanen, zur eigenen Besorgung überlassen ist; daher der Name »Selbstverwaltung«. In der Selbstverwaltung hat die politische Forderung der Untertanen auf Beteiligung an der öffentlichen Verwaltung ihre Erfüllung gefunden. Nur von diesem Standpunkt aus werden die Reibungen zwischen Staatsverwaltung und Selbstverwaltung und die Kompetenzstreitigkeiten zwischen beiden verständlich. Es sind Konflikte über den Machtbereich der Regierenden und der Regierten. Nichts von alledem findet sich im schweizerischen Volksstaat. Hier geht alle Gewalt in der Staatsverwaltung, wie in der von ihr unabhängigen Lokalverwaltung auf das Volk zurück. Die Fähigkeit zur Abstimmung über Gesetze, wie sie im Referen-

[22]) Vergleiche zum folgenden auch: DUBS, Das öffentl. Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 1878. SCHOLLENBERGER, Grundriß des Staats- und Verwaltungsrechts der Schweizerischen Kantone I, 1900. Brenno BERTONI e A. OLIVETTI, le istituzioni Svizzere, 1903. Art. „Schweiz" im Geographischen Lexikon der Schweiz (auch separat unter dem Titel „Die Schweiz", 1909). O. WETTSTEIN, Die Schweiz, 1914 (Aus Natur und Geisteswelt Nr. 482). HASBACH, Moderne Demokratie S. 136 f.

[23]) LABAND, Staatsrecht I S. 102. SCHOEN, Deutsches Verwaltungsrecht, in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft IV S. 201.



dum und der Volksinitiative Gestalt gewonnen hat, schließt von selbst die Befähigung zur Besorgung öffentlicher Verwaltungsgeschäfte in sich. Die Selbst**verwaltung** geht in dem umfassenderen Begriff der demokratischen Selbst**regierung** auf. Daher beruht die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen Staatsverwaltung und Lokalverwaltung auf historischen Rücksichten und Zweckmäßigkeitserwägungen, nicht aber auf einem politischen Ausgleich zweier verschiedener Regierungswillen.

Ferner aber — und darin besteht das zweite charakteristische Merkmal des Volksstaats — fehlt den schweizerischen Demokratien nicht bloß der Beamten**stand**, sondern sogar der Begriff des Beamten in dem strengen Sinne des deutschen Staatsrechts. Der junge Mann, der in Deutschland am Schluß seiner Studienjahre erklärt, »Beamter« werden zu wollen, bekundet damit die Absicht, in den Stand der Regierenden einzutreten und sein Leben lang in den verschiedenen Aemtern, in die ihn die Regierung versetzen wird, dem Staate Dienste zu leisten. Durch den öffentlich-rechtlichen Akt der Anstellung übernimmt er diese Dienstpflicht, auch wenn ihm noch kein Amt zur Besorgung übertragen ist. Eine solche Laufbahn gibt es, wie erwähnt, in der Schweiz nicht; denn die Rechtsgleichheit hat alle geschlossenen Kreise innerhalb des Staates beseitigt und sie durch das allgemeine Bürgertum ersetzt. Wo in der Schweiz »Beamtenvereine« vorkommen, handelt es sich nicht um das Seitenstück der französischen »Syndicats professionels« [24]), sondern um Vereinigungen, die in erster Linie wirtschaftliche Zwecke (Lebensversicherungsvereine, Amtsbürgschaftsvereine) verfolgen [25]). Von noch größerer Bedeutung aber ist der Umstand, daß in der reinen Demokratie jeder dem Staate sein Leben lang berufsmäßig dient. Denn eine große Zahl von Geschäften, die in Deutschland zum Amtskreis der Beamten gehören, werden in Bund, Kantonen und Gemeinden von Bürgern einzeln oder in Kommissionen ehren- und nebenamtlich besorgt. Das Wählen, das Abstimmen über Gesetzesvorlagen, die Tätigkeit des Laienrichters, die Mitwirkung in den ungezählten Kommissionen

[24]) HAURIOU, Précis de droit administratif [8], 1914, p. 647 f.

[25]) A. BOSSHARDT, Art. „Beamtenvereine", im Handwörterbuch der Schweizerischen Volkswirtschaft I S. 479.

(Steuer-, Baukommissionen usf.) sind lauter öffentliche Dienste. Vom Standpunkt des schweizerischen Rechts aus erscheint es nicht als verfehlt, wenn z. B. auch die Volksvertreter als Beamte im weitern Sinn aufgefaßt werden. Wenn man trotzdem in Bund und Kantonen von einer besondern Kategorie der »Beamten« spricht, so hebt man damit eine besondere Schicht von Amtsträgern heraus, deren Dienstpflicht sich nicht qualitativ, sondern nur quantitativ von der aller andern Bürger unterscheidet, und der Gesetzgeber hat in Bund und Kantonen die größte Mühe, besondere Merkmale zur Charakterisierung des Beamtenbegriffs aufzustellen. Sehr häufig enthalten sich sogar die Gesetze einer Begriffsbestimmung, nicht weil sie diese für überflüssig erachten, sondern weil heute noch der Beamtenbegriff zu schwankend ist. Sie ersetzen ihn durch die Unterscheidung der Beamten im engern Sinne und der »Angestellten«, welch letztere unter erleichterten Bedingungen angestellt und entlassen werden können. Aber auch wenn eine Person »Beamter« geworden ist, so tritt sie weder sozial, noch rechtlich aus ihrem bisherigen Lebenskreise heraus. Der Beamte haftet im allgemeinen dem Dritten für Amtspflichtverletzung gemäß den allgemeinen Grundsätzen über unerlaubte Handlungen und ohne daß eine »Vorentscheidung« nötig wäre [26]). Der schweizerische Beamte tritt nicht in das enge Abhängigkeitsverhältnis zum amtlichen Vorgesetzten, wie der deutsche Beamte. Privatleben und politische Betätigung des Beamten sind grundsätzlich der Kontrolle der amtlichen Vorgesetzten entzogen. Der Einzelne gilt als Beamter im allgemeinen nur innerhalb seines amtlichen Wirkungskreises; er ist alle drei oder sechs Jahre der periodischen Wiederwahl unterworfen, und schon darum fehlen die Voraussetzungen für die Bildung eines besondern sozialen Standes mit den Vorzügen, die der Beamtenstaat daran knüpft, nämlich mit der lebenslänglichen Alimentierung, der

---

[26]) Schweiz. Obligationenrecht Art. 61. Von dem Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts hat das zürcherische Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch § 224 Gebrauch gemacht: Es läßt den Verwaltungsbeamten nur bei Arglist und grober Fahrlässigkeit haften. — Ueber das analoge englische Recht: Hatschek, Das Staatsrecht des Vereinigten Königreichs Großbritannien-Irland, 1914, S. 145; über Nordamerika: Freund, Oeffentliches Recht der Vereinigten Staaten S. 95.

ausreichenden Vorsorge für das Alter usf. Der Staatsdienst im Volksstaat bietet keinen gesicherten Lebensberuf, wie im Beamtenstaat, er eröffnet keine feste Aussicht auf ein Aufsteigen bis zu den höchsten Aemtern. Denn die obersten Verwaltungsstellen in Bund und Kantonen (Bundesrat, kantonaler Regierungsrat) werden in erster Linie nach politischen Rücksichten vergeben; die Männer, denen sie zufallen, haben sich nicht in der Verwaltung, sondern in der Politik heraufgedient. Diese formale Schwäche des Beamtenbegriffs ist ein Ausfluß des auf den Kleinstaat zugeschnittenen demokratischen Grundsatzes von der Teilnahme aller am öffentlichen Leben [26a]). Die Mitwirkung der nichtbeamteten Bürger an der öffentlichen Verwaltung vollzieht sich aber nicht bloß in den organisierten Formen der Kommissionen usf., sondern auch durch ihre Heranziehung von Fall zu Fall, zu einem einzelnen Geschäft. Nichts illustriert den Gegensatz von Beamtenstaat und Volksstaat deutlicher als die Tatsache, daß bei der Unterhandlung des wichtigsten Aktes der schweizerischen auswärtigen Politik, der Handelsverträge, die Schweiz regelmäßig durch nicht-beamtete Delegierte vertreten wird, die der Bundesrat dem Handel und der Industrie entnimmt, während als Unterhändler der großen Beamtenstaaten die höhern Beamten der zuständigen Ministerien erscheinen. Diese Beteiligung aller an Gesetzgebung und Verwaltung, dieses stete dem Staate Dienen, ist ein großes politisches Erziehungsmittel und bedeutet für den Einzelnen eine Bereicherung seiner Persönlichkeit. Der Ausgangspunkt für diese weite Ausgestaltung des öffentlichen Dienstes liegt in der Notwendigkeit des Volksstaats, mit seinen Kräften hauszuhalten, also in dem politischen Prinzip der Kraftersparnis, das in der Schweiz durch die Kleinheit des Staatsgebiets bedingt ist. Die Verwaltung des Beamtenstaats ist zweifellos nach sehr vielen Richtungen der des Volksstaats über-

---

[26a]) JAKOB BURCKHARDT, Weltgeschichtliche Betrachtungen, 1905, S. 32: „Der Kleinstaat ist vorhanden, damit ein Fleck auf der Erde sei, wo die größtmögliche Quote der Staatsangehörigen Bürger im vollen Sinne sind, ein Ziel, wobei die griechischen Poleis in ihrer bessern Zeit trotz ihres Sklavenwesens in großem Vorsprung gegen alle jetzigen Republiken bleiben. ... Denn der Kleinstaat hat überhaupt nichts als die wirkliche tatsächliche Freiheit, wodurch er die gewaltigen Vorteile des Großstaats, selbst dessen Macht, ideal völlig aufwiegt ...“



legen. Denn Planmäßigkeit, methodisches Vorgehen, Sachkenntnis und Beherrschung der Verwaltungstechnik, — das sind die natürlichen Tugenden des Berufsbeamtentums, die ihm im Blute liegen. Diese Vorzüge muß das Beamtentum des Volksstaats sich erst im Amte unter Ueberwindung von mancherlei Reibungen und ungünstigen Einflüssen von außen aneignen und gelangt dabei häufig nicht über ein mittleres Maß der Fertigkeit hinaus. Dafür bleibt jedoch der Beamte des Volksstaats durchschnittlich in engerer Berührung mit dem Leben, als der Angehörige eines abgeschlossenen Berufsbeamtenstandes. Das kommt seiner Selbständigkeit und Initiative im Amte und einer unvoreingenommenen Anschauung aller Dinge zugute. Der Staat aber sichert sich durch die Möglichkeit, den einfachen Bürger heranzuziehen, eine ununterbrochene Zufuhr frischer Kraft, ein Gegengewicht gegen bureaukratische Verknöcherung.

Mit diesen Erörterungen ist eine dritte Eigentümlichkeit des Volksstaates erklärt: die allgemeine Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter. Der Beamtenstaat muß nach seiner ganzen Anlage von dem Mann, dem der Staat durch die Anstellung volle Fürsorge für sich und seine Familie bis ans Lebensende gewährleistet, den Nachweis eines spezifischen Fachwissens verlangen. Der Volksstaat öffnet grundsätzlich den Zutritt zu den öffentlichen Aemtern allen Staatsbürgern gleichmäßig. Daher werden die nicht durch Volkswahl besetzten reinen Verwaltungsämter erst nach erfolgter öffentlicher Ausschreibung vergeben, damit jedem die Bewerbung möglich ist[27]). Aus den erwähnten Gründen legt der Volksstaat bei der Regelung der Wahlfähigkeit das Hauptgewicht nicht auf das Wissen, sondern auf das Können des Kandidaten und stellt somit auf eine von Fall zu Fall von der Wahlbehörde bei der Besetzung vorzunehmende Untersuchung darüber ab, ob der Kandidat die erforderlichen geistigen und moralischen Eigenschaften besitzt. In dem Fehlen einer abstrakten Norm über die besondern Erfordernisse der Wahlfähigkeit liegt im Volksstaat die Gefahr einer mißbräuchlichen Besetzung der Aemter, das Seiten-

[27]) Z. B. Kantonsverfassung v. St. Gallen Art. 100; v. Aargau 1885 Art. 6 („Alle aus dem Staatsgute besoldeten nicht unmittelbar durch die Verfassung festgesetzten Aemter und Stellen .... sollen vor ihrer Besetzung öffentlich ausgeschrieben werden.“)

stück zur Protektion im Beamtenstaat. Wie im Beamtenstaat aber diese Gefahr abgeschwächt wird durch die Wahlfähigkeitsbedingungen, so wird sie im modernen Volksstaat herabgemindert durch dieselbe Uebung, durch die schon der republikanische Stadtstaat Rom den Zugang zu seinen höhern Aemtern verengert hat: in die höhern Stellen der Verwaltung gelangt faktisch nur der, der seine Eignung und Befähigung in engern Kreisen (Gemeinde usf.) und in untern Aemtern nachgewiesen hat.

Das sichtbarste Merkmal des Volksstaats tritt uns in der Volkswahl der Verwaltungsbeamten und in der Abstimmung des Volkes über bestimmte Verwaltungsakte entgegen; der alt-römische Satz von der Zustimmung der Comitien zum Verwaltungsakt des Magistrats hat eine neue Ausprägung empfangen [28]. Es vollzieht sich darin die Unterstellung der öffentlichen Verwaltung unter die Volkssouveränetät. Wie alle rein-demokratischen Einrichtungen der Schweiz, insbesondere das Gesetzesreferendum, so weist auch die Volksabstimmung über Verwaltungsakte einen stark konservativen Zug auf: der Gang der Verwaltung wird durch sie nicht beschleunigt und verwirrt, sondern verlangsamt [29]. Die positive Gesetzgebung bestimmt nach reinen Zweckmäßigkeitsrücksichten, welche Verwaltungsakte der Volksabstimmung zu unterbreiten sind, wobei es auf die Unterscheidung zwischen obligatorischem und fakultativem Referendum für diesen Zusammenhang nicht ankommt. Im großen und ganzen wird das Referendum nicht für Akte der laufenden Verwaltung vorbehalten, sondern für außerordentliche Angelegenheiten. Dazu zählen im Bund die Verwaltungsmaterien, die in der Form des allgemein verbindlichen Bundesbeschlusses (arrêté d'une portée générale, wie der französische Text der Bundesverfassung richtiger sagt) erledigt werden müssen [30]. Am weitesten reicht die Teilnahme der Aktivbürgerschaft im Gemeindereferendum; ihm unterstehen alle möglichen Geschäfte: Ausgaben, die einen bestimmten Betrag überschreiten u. a. m.

[28]) Mommsen, Abriß des römischen Staatsrechts S. 81.

[29]) Theodor Curti, Geschichte der schweizerischen Volksgesetzgebung, 1885; Handwörterbuch der schweizerischen Volkswirtschaft, Art. „Referendum und Initiative" III, S. 438.

[30]) Fritz Fleiner, in der Zeitschrift für Schweizerisches Recht, n. F., Bd. 25, S. 397.



Zweckmäßigkeitsrücksichten und praktische Erwägungen, nicht aber ein abstrakt durchgeführtes Prinzip sind endlich maßgebend für die Entscheidung des Gesetzgebers darüber, welche Aemter der öffentlichen Verwaltung er durch Volkswahl und welche er durch Wahl der Oberbehörden besetzen läßt. Im Beamtenstaat leitet der einzelne Beamte seine Autorität ab aus dem ihm von der Spitze des Staats, von der Konzentration aller öffentlichen Gewalt, erteilten Amtsauftrag. Der Volksstaat dagegen sucht diese Autorität auf das Vertrauen des Volkes zum Beamten zu gründen. Darin liegt die politische Rechtfertigung der Volkswahl, aber auch ihre Schranke und ihre Gefahr. Ihre Schranke, insofern die Volkswahl unanwendbar wird, wenn die Anforderungen, die ein Amt stellt, vom einzelnen stimmberechtigten Bürger nicht mehr überblickt werden können; ihre Gefahr, insofern bei der Volkswahl die Popularität einem Kandidaten von vornherein einen Vorsprung sichert und andrerseits einem einmal gewählten Beamten die Gunst der Wählerschaft erhalten bleibt, auch wenn sie sachlich nicht mehr gerechtfertigt ist. Aus dem Bestreben, ein Vertrauensverhältnis zwischen Wählern und Gewählten herzustellen, erklärt sich aber auch die anscheinende Systemlosigkeit der Volkswahlen; so werden, insbesondere in den Landsgemeindekantonen [31]), auch subalterne Aemter mit rein verwaltungstechnischen Verrichtungen durch Volkswahl besetzt nur darum, weil diese Aemter ihre Träger in täglichen Verkehr zum Volke bringen. Ich erinnere an die von der Landsgemeinde vorzunehmende Wahl der Landweibel und Landsmarcher in Uri, oder an den Landeswagmeister des Kantons Glarus, der sein Amt unmittelbar der Volkssouveränetät verdankt [32]). In der Schweiz haben die Volkswahlen fast nirgends zur Begründung einer ausschließlichen Parteiherrschaft geführt, sondern zu einem Zusammenwirken und zu gemeinsamer Arbeit aller Volkskreise an den Aufgaben der öffentlichen Verwaltung. Die politische Selbstbestimmung der Bürger hat in der Schweiz — anders als in Nordamerika [33]) — die Emanzipation des einzelnen von der Partei und dem Parteibefehl befördert

---

[31]) H. Ryffel, Die schweizerischen Landsgemeinden, 1903.

[32]) Kantonsverfassung v. Uri v. 1888 Art. 52; v. Glarus Art. 35.

[33]) Hasbach, Die neuere Verfassungsentwicklung in den Vereinigten Staaten (Zeitschrift für Politik VII, 1914) S. 49 f.

und eine rein parteimäßige Gliederung des öffentlichen Lebens unmöglich gemacht. Gewiß, die Ausschließlichkeit in der Wahltaktik ist auch in der Schweiz nicht unbekannt. Sie wird jedoch hier als Abweichung vom Volksstaat empfunden.

Der Gegensatz der beiden Organisationsformen findet seinen weiteren Ausdruck in der verschiedenen Stellung, die die Verwaltung im Beamtenstaat und im Volksstaat einnimmt.

Es entspricht der ganzen Natur des Beamtenstaats, daß die Verwaltung im Brennpunkt des öffentlichen Lebens steht und dieses nach allen Richtungen beeinflußt. Die Verwaltungsbehörden besitzen zu diesem Behufe allgemeine Kompetenzen, insbesondere ist ihnen eine allgemeine Polizeigewalt übertragen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit [34]). Sie sind aber weiterhin — und darin zeigt sich eine besondere Eigenschaft des Beamtenstaates — mit den Mitteln selbständigen Verwaltungszwanges ausgestattet, durch die sie in den Stand gesetzt werden, ihre Verfügungen direkt und ohne Mithilfe der Gerichte durchzusetzen; sie besitzen die »action directe«, wie die französische Rechtssprache sagt: Ungehorsamstrafe, Ersatzvornahme, unmittelbare Gewaltanwendung gegenüber Person und Vermögen des Pflichtigen zur Erzwingung der angeordneten Leistung [35]). Der Beamtenstaat bedeutet die Regierung von oben; sein natürliches Bestreben ist es daher, die Autorität der Verwaltungsbehörden zu stärken.

Der Volksstaat dagegen geht von der Vorstellung aus, daß jede starke Behördengewalt die Gefahr des Mißbrauchs und der Verletzung der Rechtsgleichheit in sich birgt. Er sucht daher das Bedürfnis nach behördlicher Autorität mit dem Bestreben nach einer rechtlich gesicherten Stellung der Bürger dadurch in Einklang zu bringen, daß er die den Behörden übertragenen Kompetenzen gesetzlich spezialisiert. Namentlich trifft dies zu für die polizeilichen Zuständigkeiten. Denn dem Schweizerbürger sind alle polizeilichen Beschränkungen seiner Freiheit und seines Eigentums zuwider; er erträgt sie nur, wenn jeder Gefahr eines Uebergriffes von vornherein vorgebeugt wird. Aus

[34]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I², S. 211 f.

[35]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I², S. 283 f. Fritz Fleiner, Institutionen³ S. 204 f. Hauriou, Précis de droit administratif⁸ p. 33, 68, 69.



diesen Erwägungen heraus ist den Verwaltungsbehörden grundsätzlich keine a l l g e m e i n e Polizeigewalt in die Hand gegeben [36]. Nur ausnahmsweise, zur Ausfüllung einer offenkundigen Gesetzeslücke darf die Verwaltungsbehörde die Befugnis zum Vorgehen aus dem allgemeinen Charakter ihres Amtes ableiten [37]. In Uebereinstimmung damit stehen den Verwaltungsbehörden keine allgemeinen Zwangsmittel zu Gebote, mit deren Hilfe sie jede ihrer Verfügungen selbständig gegenüber dem Bürger durchsetzen könnten. Sie sind beschränkt auf die Spezialmittel, die das einzelne Gesetz (Baugesetz, Sanitätsgesetz usf.) zu seiner Vollziehung bereitgestellt hat (Beseitigung des gesetzwidrigen Baues usw.). Die Rolle der coercitio übernimmt die Polizeistrafe, die poena [38], als ein indirektes Zwangsmittel. Der Volksstaat behandelt grundsätzlich alle Verstöße gegen die verwaltungsrechtlichen Pflichten der Bürger, mögen diese auf Gesetz, Verordnung oder einer gesetzmäßigen Verfügung beruhen, als strafbare Normenübertretungen [39]; diese werden demgemäß aufgezählt entweder in einem geschlossenen Straf- oder Polizeistrafgesetzbuch [40] oder aber in den den einzelnen Verwaltungsgesetzen angehängten Strafbestimmungen [41]. Auf diese Weise entsteht ein ganzer Katalog von Uebertretungen mit Bezug auf öffentliche Abgaben, auf die Sittenpolizei, auf die Baupolizei, auf das Lotteriewesen usf. Dabei sind die Tatbestände entweder spezialisiert oder nur allgemein umschrieben [42]. Am weitesten kommt

[36]) Für das englische Recht siehe: HATSCHEK, Staatsrecht des Vereinigten Königreichs S. 242 f. Ueber die weitergehenden Kompetenzen der Polizeigewalt in den Gliedstaaten der Union: FREUND, Police power 1904; Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika S. 308.

[37]) Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts XX (1894), S. 790.

[38]) MOMMSEN, Abriß des römischen Staatsrechts S. 222 f.

[39]) KITZINGER, Verhinderung strafbarer Handlungen durch Polizeigewalt, 1913, S. 79, 97. THOMA, Polizeibefehl im badischen Recht I, S. 82.

[40]) Vergleiche z. B. Polizeistrafgesetz für den Kanton Basel-Stadt vom 23. September 1872.

[41]) Das ist die Methode des schweizerischen Bundesrechts; vgl. KRONAUER, Kompendium des Bundesstrafrechts der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Auflage, 1912.

[42]) Vergleiche z. B. Zürcherisches Baugesetz für Ortschaften mit städtischen Verhältnissen v. 23. April 1893 § 138: „Uebertretungen der Vorschriften dieses Gesetzes werden mit Polizeibuße bis auf Fr. 500 geahndet, sofern nicht das Strafgesetzbuch zur Anwendung kommt“.

der Verwaltung die Gesetzgebung der Kantone entgegen, die den Verwaltungsbehörden gestattet, jede ihrer Verfügungen zu erlassen unter der Androhung, daß im Falle des Ungehorsams die Verzeigung zur strafrichterlichen Ahndung erfolgen werde [43]). Wie das Gesetz hiebei die Einzelheiten auch geordnet haben mag, — gegen den Bürger, der ein Gesetz, eine Verordnung, oder eine Vollziehungs- oder Gestaltungsverfügung [44]) nicht befolgt, vermag die Verwaltungsbehörde im allgemeinen und in erster Linie nicht mit eigenen Mitteln vorzugehen, sondern zunächst nur durch Ueberweisung des Pflichtigen an das Straf- oder Polizeigericht. Damit wird dem Gericht eine Prüfung über die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts zugeschoben [45]). Aber auch wenn der erkennende Richter

[43]) Strafgesetz für den Kanton Basel-Stadt v. 1872 § 52: „Wer Verfügungen, welche von einer Behörde oder einem Beamten innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassen sind, keine Folge leistet, wird, wenn ihm auf den Fall des Ungehorsams die Verzeigung zu strafrichterlicher Ahndung ausdrücklich angedroht war, mit Gefängnis bis zu 6 Monaten oder mit Geldbuße bis zu Frs. 2000 bestraft.“ Ueber die Tragweite dieser Vorschrift spricht sich eine Entscheidung des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt v. 22. Juni 1912 (Entscheidungen d. Appellationsgerichts Bd. II, S. 47) folgendermaßen aus: „Dieses Recht (d. h. Verfügungen mit Strafandrohung im Sinne des § 52 zu erlassen) steht jedem Beamten des Kantons ohne weiteres zu. ... Dagegen muß allerdings § 52 wegen seines allgemeinen und sehr weitgehenden Inhalts als eine Strafbestimmung subsidiärer Natur betrachtet werden, welche nicht anwendbar ist einmal da, wo der Ungehorsam den Tatbestand eines besonderen, leichter geahndeten Vergehens oder einer bloßen Polizeiübertretung bildet, wie auch da, wo dem Beamten zur Erzwingung des Gehorsams andere, näher liegende Mittel zu Gebote stehen und von diesen noch kein Gebrauch gemacht worden ist ...“ Uebereinstimmend: Strafgesetzbuch für den Kanton Zürich § 80; über die Auslegung dieser Vorschrift in der Praxis: Heinrich Zeller, Das Strafgesetzbuch für den Kanton Zürich (1912) S. 92 und 382. Stooss, Schweizerisches Strafrecht II S. 432. S. auch Fritz Fleiner, Institutionen [3] S. 205. —

[44]) Fleiner, Institutionen [3] S. 177.

[45]) Das Strafgericht übernimmt damit — faute de mieux — die Funktionen eines Verwaltungsgerichts. Ein gutes Beispiel enthält das Urteil des Appellationsgerichts von Basel-Stadt v. 12. Juni 1912 (Entscheidungen d. Appellationsgerichts II S. 68): Die Baupolizeibehörde hatte den P. zur Ausstellung eines Reverses aufgefordert und für den Fall des Ungehorsams strafrichterliche Ahndung angedroht. Das Strafgericht sprach den Angeklagten, der sich weigerte, den Revers auszustellen, frei, weil die Baupolizeibehörde nicht befugt war, einen solchen Revers zu verlangen. — Ueber den Umfang des richterlichen Prüfungsrechts s. die Angaben in Anmerkung 43.





kraft positiver gesetzlicher Anordnung lediglich zu prüfen hat, ob die verfügende Behörde zuständig gewesen ist, so bleibt die Tatsache bestehen, daß die Verwaltungsbehörde bei der zwangsweisen Durchführung ihrer Aufgaben nicht mit Selbsthilfe (action directe) vorgehen kann, sondern sich der Hilfe des Richters bedienen muß. Abgesehen von den oben erwähnten, gesetzlich umschriebenen Fällen ist deshalb der selbständige Verwaltungszwang auf provisorische Maßnahmen und im Anschluß an die richterliche Entscheidung auf die Verhinderung weitern verwaltungswidrigen Verhaltens beschränkt; diese letztere Maßregel aber erfolgt unter dem Gesichtspunkt einer Verhütung neuer strafbarer Handlungen [46]. Das Charakteristicum des schweizerischen Volksstaats besteht somit in der Abhängigkeit der Verwaltung von der Justiz, dem sog. régime judiciaire, im Gegensatz zum régime administratif des Beamtenstaats.

Aus diesen Erörterungen erklärt sich die verschiedene Stellung der Verwaltung zur Justiz im Beamtenstaat und im Volksstaat. Die funktionelle Gleichordnung von Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung im Beamtenstaat schließt eine Entscheidung der Kompetenzkonflikte zwischen Justiz und Verwaltung durch die gesetzgebende Behörde aus. Die Beseitigung eines Kompetenzkonfliktes nimmt hier

---

[46]) Vgl. die Sammlung „Die Praxis des Bundesgerichts", IV, Nr. 4: Der Laden einer wegen Anlockung zur Unzucht bestraften Frauensperson (Zürcherisches Strafgesetzbuch § 128) kann von der Polizei geschlossen werden. „Es soll dadurch", sagt das Bundesgericht in seinem Urteil vom 23. Oktober 1914, „einer im Interesse der öffentlichen Sittlichkeit erlassenen Strafnorm auch präventiv Geltung verschafft werden. Das gehört nach allgemeiner Auffassung zu den Aufgaben der Polizeibehörden, die zum Einschreiten in solchen Fällen auch ohne spezielle Ermächtigung durch Verfügung oder Gesetz befugt sind". — Charakteristisch ist das Polizeistrafgesetz für den Kanton Basel-Stadt § 114 Ziff. 4: bei der Uebertretung in Bezug auf die Baupolizei kann das verurteilende Urteil „auf Antrag der Baubehörde die Wegschaffung der ordnungswidrigen Baute oder Einrichtung und .... die Herstellung einer vorschriftsgemäßen Einrichtung in einer bestimmten Frist auferlegen und bestimmen, daß dieselbe nötigenfalls auf Kosten des Eigentümers durch die Behörde auszuführen sei". Zürcherisches Baugesetz für Ortschaften mit städtischen Verhältnissen § 139: „Die Verpflichtung, gegen die Vorschriften des Baugesetzes ausgeführte Bauarbeiten zu beseitigen, die erforderlichen Aenderungen vorzunehmen oder die zur Beseitigung von Uebelständen nötigen Vorkehrungen zu treffen, wird durch die Verhängung einer Strafe nicht aufgehoben."

notwendigerweise die Formen eines Schiedsverfahrens an. Der Kompetenzkonflikt wird durch einen Kompetenzgerichtshof geschlichtet, zu dem Justiz und Verwaltung ihre Schiedsrichter in gleicher Stärke stellen[47]). Im schweizerischen Volksstaat dagegen steht über der Justiz und der Verwaltung das souveräne Volk und dessen Stellvertreter: der kantonale Große Rat (die Volksvertretung), im Bund die Bundesversammlung[48]). Daher ist dieses Organ begriffsmäßig zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte zwischen Justiz und Verwaltung berufen[49]). Vor dieser obersten Gewalt genießt die Justiz keinen Vorrang vor der Verwaltung, so daß beim positiven Kompetenzkonflikt — eine praktisch unerfreuliche Lösung — auch eine rechtskräftige Sachentscheidung eines Gerichts von einem Großen Rat aufgehoben werden kann[50]).

Ihre Eigenart haben endlich Beamtenstaat und Volksstaat entwickelt in ihrem verschiedenen Verhalten zum Rechtsschutz in Verwaltungssachen und zur Ausbildung des Verwaltungsrechts.

Frankreich ist hier vorangegangen. Als es durch die Revolutionsgesetzgebung die volle Trennung von Justiz und Verwaltung durchführte, galt es ihm, die Verwaltung vor der Einmischung der Justiz zu schützen, an der das ancien régime gekrankt hatte[51]). Durch die Errichtung besonderer Verwaltungsgerichte innerhalb der Verwaltung bezweckte es, dem Bürger den Rechtsschutz gegenüber der Verwaltung zu ersetzen, den er vor der Justiz verloren hatte. Da durch die

---

[47]) FLEINER, Institutionen[3] S. 25 f. SCHOEN, Deutsches Verwaltungsrecht S. 311 f. OTTO MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht I[2] S. 86 f.

[48]) Vgl. z. B. Verfassung des Kantons Basel-Stadt v. 1889 Art. 30: „Ein aus 130 Mitgliedern bestehender Großer Rat besitzt, unter Vorbehalt der Rechte des Bundes und der Gesamtheit der Stimmberechtigten, nach Maßgabe der Verfassung die höchste Gewalt und das Recht der Gesetzgebung." Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft v. 1874 Art. 71: „Unter Vorbehalt der Rechte des Volkes und der Kantone wird die oberste Gewalt des Bundes durch die Bundesversammlung ausgeübt ...."

[49]) Siehe die Zitate bei SCHOLLENBERGER, Grundriß des Staats- und Verwaltungsrechts der schweizerischen Kantone I S. 192. Bundesverfassung Art. 85 Ziff. 13.

[50]) Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts XXXIII[1] (1907) S. 393.

[51]) HAURIOU, Précis de droit administratif[8] S. 31. OTTO MAYER, Theorie des französischen Verwaltungsrechts S. 147 f.



Revolution die ganze Gesetzgebung des ancien régime weggefegt worden war, so begann die Verwaltungsgerichtsbarkeit durch ihre Rechtssprechung mit einem feinen juristischen Stilgefühl selbständig ein System des Verwaltungsrechts aufzubauen, das den Bürger gegen die Allmacht der Verwaltungszentralisation sicherstellte [52]). Durch die Verwaltungsgerichte, und nicht durch den Gesetzgeber, ist somit in Frankreich das neue Verwaltungsrecht geschaffen worden; das hat ihm von Anfang an den unscholastischen, praktischen Zug aufgeprägt. Die französische Verwaltungsgerichtsbarkeit ist das interessanteste Stück der französischen Staatsverwaltung geblieben.

Im deutschen Beamtenstaat dagegen waren auch nach der Einführung der Verfassungsurkunden die ordentlichen Gerichte zunächst die einzigen von der Verwaltung unabhängigen Rechtsschutzorgane, an die sich der Bürger wenden konnte, um Schutz gegen Willkür und Mißgriff der öffentlichen Gewalt zu finden. Aus diesem Grund ist in Deutschland das Streben des Liberalismus darauf gerichtet gewesen, die Verwaltung des Fürsten und seines Beamtentums der Kontrolle der Gerichte zu unterwerfen [53]). Daraus erklärt sich die fortdauernde Geltung des Zivilrechts und der Zivilgerichtsbarkeit in Angelegenheiten der öffentlichen Verwaltung — eine Erscheinung, die heute noch z. B. in dem Vorrang der ordentlichen Gerichte vor der Verwaltung zum Ausdruck kommt [54]). Mit der schrittweisen, durch die Verwaltungsbehörden angebahnten, durch den Gesetzgeber vollendeten Ausbildung eines besondern öffentlichen Rechts für die öffentliche Verwaltung [55]) ist eine grundsätzliche Lösung der Frage nicht mehr zu umgehen gewesen, ob die Beurteilung von Streitigkeiten zwischen der öffentlichen Verwaltung und den Bürgern über die Auslegung der Verwaltungsgesetze, d. h.

[52]) Otto Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts S. 16 f.

[53]) Thoma, Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft (Jahrbuch des öffentlichen Rechts IV S. 196).

[54]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I² S. 185. G. Kuttner Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, 1914, S. 138 f. Vgl. ferner Fritz Fleiner, Ueber die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentl. Recht, 1906.

[55]) Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 1913, S. 157 f.

die Verwaltungsrechtssprechung, den bestehenden ordentlichen Gerichten (in der Form der Erweiterung des Rechtsweges) oder neu zu schaffenden besonderen Verwaltungsgerichten hat übertragen werden sollen. Indem sich der Gesetzgeber für die Errichtung besonderer Verwaltungsgerichte entschieden hat, ist er der Auffassung des Beamtenstaats von der Gleichberechtigung der Verwaltung mit der Justiz treu geblieben; denn für die Verwaltung hat die Einführung besonderer Verwaltungsgerichte die Ablehnung einer allgemeinen Unterordnung der Verwaltung unter die Justiz bedeutet [56]).

Im schweizerischen Volksstaat hat die Entwicklung andere Bahnen eingeschlagen [57]). Die Notwendigkeit zu gesetzmäßiger Verwaltung und die allmähliche Erweiterung der Aufgaben der öffentlichen Verwaltung hat in Bund und Kantonen einer verzweigten Spezialgesetzgebung gerufen, und man hätte daraus den Schluß ziehen können, das Rechtsschutzbedürfnis habe im Volksstaat mit seinem weniger sorgfältig gebildeten Beamtentum die Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit als noch dringlicher erscheinen lassen, als in den großen Beamtenstaaten. In der Schweiz hat man aber den Forderungen des Rechtsstaats, gemäß dem ganzen Zuschnitt der schweizerischen Demokratie, zunächst durch den Ausbau von Verfassungseinrichtungen zu genügen versucht durch die Unterstellung der Verwaltungsbehörden unter die Aufsicht der Volksvertretung [58]), ferner durch die Volkswahl der obersten Verwaltungsbeamten und endlich durch die Aufrichtung der Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes-

---

[56]) ANSCHÜTZ, Art. „Verwaltungsgerichtsbarkeit“, im Handbuch der Politik I² S. 318 f. OTTMAR BÜHLER, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914.

[57]) P. SPEISER, Die Verwaltungsrechtspflege in den Kantonen, 1889 (Zeitschrift für schweizerisches Recht. n. F. VIII S. 539 f.).

[58]) Vgl. z. B. Verfassung des Kantons Bern v. 1893 Art. 26: „Dem Großen Rat, als der höchsten Staatsbehörde, sind folgende Verrichtungen übertragen: ... 7. die Oberaufsicht über die Staatsverwaltung, sowie die Genehmigung des Verwaltungsberichts und der Staatsrechnung.“ Bundesverfassung der schweiz. Eidgenossenschaft v. 1874 Art. 102: „... 16. Der Bundesrat erstattet der Bundesversammlung jeweilen bei ihrer ordentlichen Sitzung Rechenschaft über seine Verrichtungen, sowie Bericht über den Zustand der Eidgenossenschaft im Innern sowohl als nach außen.“

gerichts [59]). Von der eigenartigen Stellung der Volksvertretung in der Schweiz und von den Volkswahlen ist schon oben S. 46, 51 die Rede gewesen. Es bleibt übrig, noch der Verfassungsgerichtsbarkeit zu gedenken. Sie geht von der Annahme aus, daß die in der Bundes- oder einer Kantonsverfassung dem Bürger gewährleisteten Rechte (Glaubensfreiheit, Vereinsfreiheit, Preßfreiheit, Eigentumsfreiheit usf.) für die ganze Tätigkeit des Staates in Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung unverbrüchlich sind [60]) und daher des Schutzes durch ein Gericht, das Bundesgericht, bedürfen. Diese Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichts findet ein Gegenstück an der Zuständigkeit der amerikanischen Gerichte, in letzter Instanz des obersten amerikanischen Bundesgerichts, Gesetze der Union und der Gliedstaaten auf ihre Uebereinstimmung mit dem Inhalt der Unionsverfassung und folglich auch mit den darin dem Bürger gewährleisteten Rechten zu prüfen [61]). So segensreich auch die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichts wirkt, so vermag sie ihrer ganzen Anlage nach eine Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht zu ersetzen. Denn der staatsrechtliche Rekurs, mit dessen Hilfe die Verfassungsgerichtsbarkeit angerufen werden kann, ist an enge Voraussetzungen geknüpft [62]): er ist nur zulässig, wenn das verletzte Individualrecht in der Verfassung garantiert ist und gewährt somit keinen Schutz bei der Verletzung einfachen Gesetzesrechts [63]). Ueberdies können mit dem staats-

[59]) Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft Art. 113: „Das Bundesgericht urteilt ferner: . . . 3. über Beschwerden betreffend Verletzung verfassungsmäßiger Rechte der Bürger . . .“.

[60]) Georg Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte², 1904 (Staats- und völkerrechtl. Abhandlungen herausg. von Jellinek u. Anschütz I, Heft 3).

[61]) Hershey, Die Kontrolle über die Gesetzgebung in den Vereinigten Staaten von Nordamerika, 1894. G. Vogt, Die Organisation der Bundesrechtspflege in den Vereinigten Staaten von Amerika (Zeitschrift für schweizerisches Recht, n. F., IX S. 566). James Bryce, American Commonwealth I chap. XXIII. Freund, Oeffentliches Recht der Vereinigten Staaten S. 84 f.

[62]) Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege v. 1893 Art. 178.

[63]) In Uebereinstimmung damit steht die Vorschrift der Bundesverfassung Art. 113, Abs. 3, derzufolge „die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemeinverbindlichen Beschlüsse, sowie die von ihr genehmigten Staatsverträge für das Bundesgericht maßgebend sind“.

rechtlichen Rekurs ausschließlich kantonale Erlasse (Gesetze, Verfügungen usf.) angefochten werden; das Rechtsmittel versagt gegenüber den Akten eidgenössischer Behörden. Keine Rechtsschutzgarantie enthält die zweite verfassungsrechtliche Maßnahme, die Volkswahl der Beamten. Wer die konservative Sinnesart der schweizerischen Demokratie kennt, weiß, wie schwer es hält, selbst einen seinem Amte nicht mehr gewachsenen Beamten zu entfernen. Einen ausreichenden Schutz gegenüber der Verwaltung vermag auch im schweizerischen Volksstaat dem Bürger nur eine Gerichtsgewalt zu bieten. Ansätze dazu enthalten die kantonalen Gesetze, welche bestimmte Kategorien von Verwaltungsstreitsachen vor die ordentlichen Gerichte weisen [64]). Zu einer durchgreifenden Lösung jedoch, nämlich zur Errichtung einer von der ordentlichen Gerichtsbarkeit sachlich unterschiedenen Verwaltungsgerichtsbarkeit, hat sich im Jahr 1905 der Gesetzgeber des Kanton Basel-Stadt entschlossen [65]), und eine Anzahl der übrigen Kantone sind ihm auf diesem Weg gefolgt. Von den Kantonen hat die Entwicklung auf den Bund übergegriffen. Hier ist die Lücke besonders fühlbar gewesen, weil sich der Bund selbst der Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts entzogen hat. Erst eine Partialrevision der Bundesverfassung vom Jahr 1914 hat die verfassungsmäßige Grundlage für eine eidgenössische Verwaltungsgerichtsbarkeit erstellt, und die Vorarbeiten für das Ausführungsgesetz sind dem

[64]) Vgl. die Zusammenstellung in der Zeitschrift für schweizerisches Recht n. F. VIII S. 539 f., 562 f., 624; XI S. 631. L. JENNY, Art. „Verwalwaltungsrechtspflege" (Handwörterbuch der schweizerischen Volkswirtschaft III S. 13, 146); ferner HENRY OTT, la justice administrative fédérale (Thèse, Lausanne 1904); OTTO WALTER MÜLLER, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit nach allgemeinem und schweizerischem Recht, Zürcher Diss. 1910. — Es wird in einem neuern Urteil des Bundesgerichts v. 22. Januar 1915 („Praxis d. Bundesgerichts" IV Nr. 70) offen zugegeben, daß von der weiten Auslegung des Begriffs „Zivilrechtstreitigkeit" vorläufig nicht abgegangen werden könne; es bestehe nämlich dazu „so lange kein genügender Anlaß, als nicht im ganzen Gebiet der Eidgenossenschaft oder doch in der überwiegenden Mehrheit der Kantone für die Entscheidung verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten eine unabhängige Instanz gegeben sein wird".

[65]) A. IM HOF, Die Ergebnisse der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Kantons Basel-Stadt 1905—1910 (Beiträge zur schweizerischen Verwaltungskunde, Heft VI).



Abschluß nahe[66]). England und die Vereinigten Staaten von Nordamerika lassen gemäß der ganzen Entwicklung ihrer Gesetzgebung eine allgemeine Kontrolle der ordentlichen Gerichte über die Verwaltung zu[67]). Denn diese beiden Staaten haben an der Einartigkeit alles Rechts festgehalten und kennen demgemäß kein von Zivil- und Strafrecht unterschiedenes besonderes Verwaltungsrecht[68]).

In der Natur des Beamtenstaats liegt die Forderung und die Notwendigkeit nach einem auf die Bedürfnisse der öffentlichen Verwaltung zugeschnittenen besondern öffentlichen Recht. Die Unterwerfung der öffentlichen Verwaltung unter das Privatrecht, d. h. eine Rechtsordnung für Gleichgeordnete, ist im absoluten Staat ein Notbehelf gewesen. Im Verfassungsstaat hat die Ausbildung besonderer Rechtsschutzgarantien (Unterstellung der Verwaltung unter das Gesetz und Einführung von Verwaltungsgerichten) die Bahn frei gemacht zur Emanzipation der Verwaltung vom Zivilrecht und der Zivilgerichtsbarkeit. Frankreich hat aus den oben dargestellten Gründen ein selbständiges Verwaltungsrecht, und zwar in einer großartigen Geschlossenheit, früher gewonnen als Deutschland, in dem neben dem Reichtum seines eigenartigen neuen Verwaltungsrechts Uebergangsformen und historische Ueberreste stehen geblieben sind. Die schrittweise Verselbständigung des deutschen Verwaltungsrechts schildern, hieße die Entwicklung der deutschen Verwaltungsrechtsprechung und der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft darstellen. Im schweizerischen Volksstaat liegen die Voraussetzungen für Auf- und Ausbau eines besondern öffentlichen Verwaltungsrechts weniger günstig als im Beamtenstaat. Denn hier fehlt vor allem der methodisch vorgebildete und erzogene Beamtenstand, der ohne äußere Schwierigkeiten durch seine nachhaltige systematische Praxis neuen Rechtsgedanken zum Sieg zu verhelfen vermöchte.

[66]) S. darüber die Angaben im Jahrbuch des öffentlichen Rechts VIII (1914), S. 469. Eidgenössische Gesetzsammlung n. F. XXX, S. 659.

[67]) O. KOELLREUTTER, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit im modernen England (1912), S. 184 f., 187 f. FREUND, Oeffentliches Recht der Vereinigten Staaten S. 95 f.

[68]) HAURIOU, Précis de droit administratif[8] p. 34. DICEY, Introduction to the study of the Law of the Constitution, chap. XII; appendix Nr. X, XI. HATSCHEK, Englisches Staatsrecht II, S. 649 f.

Um so schöner und einflußreicher ist die Aufgabe, die hier der Wissenschaft harrt. Ihr ist beschieden, einen Schatz nationalen, ungebrochenen Rechtsstoffs zu heben und geistig zu gestalten in dem Glauben, der in dem Meisterwerk OTTO MAYERS lebt, dem Glauben »an die Macht allgemeinerer Rechtsideen, die in den Mannigfaltigkeiten des wirklichen Rechts zur Erscheinung und Entfaltung kommen, zugleich aber auch ihrerseits in der Geschichte sich wandeln und fortschreiten«.

Das politische Wesen der deutschen Monarchie.

Von

Hermann Rehm,

Professor an der Universität Strassburg i. E.



1. Begriff der parlamentarischen Regierung.

§ 1.

Wir reden zunächst von der modernen Verfassungsmonarchie im allgemeinen. Rechtlich angesehen gliedert sie sich nach zwei Hauptgesichtspunkten, nach der Art des Rechtsgrundes und nach dem Grade der rechtlichen Macht. Vom ersteren Standpunkte aus ist der Verfassungskönig entweder Herrscher aus fremdem oder aus eigenem Rechte[1]). In der anderen Richtung unterscheiden wir konstitutionelle und parlamentarische Monarchie. Dort teilt[2]) das Staatshaupt die Herrschaft mit dem Parlamente; hier herrscht dieses allein.

Politisch bildet die Einteilung der Monarchien nach dem Rechtsgrunde ihrer Herrschaft keine Haupteinteilung. Es gibt politisch nur eine, die nach dem Grade der Macht. Ob der Fürst im eigenen Namen oder für einen anderen regiert, ist nur geeignet zu der einen oder anderen politischen Verfassungsform beizutragen. Notwendig ist es nicht, daß der Volkskönig von den Parteien beherrscht und der Eigenkönig von ihnen nicht beherrscht wird. Der Volkskönig kann über und der Eigenkönig unter den Parteien stehen. Ein zweiter Unterschied gegenüber der rechtlichen Betrachtung ist folgender:

Rechtlich gibt es nur zwei Arten von Verfassungsstaaten: dass die Regierung neben oder unter den Parteien steht. Politisch ist auch möglich, dass die Krone über sie herrscht. Politisch ist die Regierung des Verfassungsstaates daher entweder konstitutionell (neben den Parteien) oder parlamentarisch (unter den Parteien) oder persönlich (über den Parteien).

1. Die Sprache des politischen Lebens übertreibt. a) Sie nennt das persönliche Regiment eine Regierung ohne die Parteien. Eine Regierung

[1]) Siehe hierzu FLEINER, Die Staatsauffassung der Franzosen 1915 S. 6.

[2]) Hierüber meine Ausführungen in Arch. Oeff. R. 25, 394 ff. (Das rechtl. Wesen der deutschen Monarchie) und KJELLÉN i. Z. f. Pol. 8, 434.



ohne die Parteien ist das persönliche oder absolute Regiment im Rechtssinne. Bei ihm fehlt das Parlament. Hier ist eine Volksvertretung, aber sie folgt unbedingt dem Willen des Fürsten. b) Die konstitutionelle Regierung wird in der politischen Praxis als ein über den Parteien Stehen bezeichnet, als wäre: nicht unter den Parteien stehend gleichbedeutend mit über sie herrschend.

2. Von den drei möglichen Arten ist die persönliche Regierung, das autokratische Regiment die seltenste Erscheinung. Fortschritt des Staates erfordert neue Ausgaben und dafür neue Einnahmen. Daher kann es bloß ein vorübergehender Zustand sein, daß die Parteien der Regierung willenlos folgen. Vorkommen wird es, wenn sie sich in den Händen einer überragenden Persönlichkeit befindet, sei dies der Fürst oder ein Minister. Auch wenn die Notverordnung regiert, weil das Nichterzielen von Verständigung ein dauernder Zustand ist, herrscht politisch Verfassungslosigkeit. Weil das absolute oder verfassungslose Regiment politischen Sinnes eine seltene Erscheinungsform des Staatslebens ist, wird der Name *ausserparlamentarische* Regierung, der an sich sie mit umfaßt, gewöhnlich im Sinne von konstitutioneller Regierung gebraucht.

3. Schon die Dreiteilung gegenüber der Zweiteilung im Verfassungsrechte ergibt, daß ein Verfassungsstaat politisch einer anderen Kategorie angehören kann als rechtlich.

a) Außer dem Falle, daß der Staat, der rechtlich Verfassungscharakter besitzt, politisch verfassungslos ist, kommt vor:

α. Der Staat ist rechtlich konstitutionelle Monarchie, tatsächlich parlamentarische. Für den gemäßigten Verfassungsstaat bildet das Beamten-, für den reinen das parlamentarische Kabinett die Regel. Aber es gibt Ausnahmen. Oesterreich ist rechtlich Verfassungsmonarchie. Dieser Natur entspräche parlamentsloses (absolutes Beamten-) Ministerium. In Wirklichkeit begegnen auch andere Formen, parlamentarisiertes, gewöhnlich sogar parlamentarisches (Koalitions-)Ministerium; nur das »gemeinsame« Ministerium ist stets Beamtenkabinett. Dies hat seine Ursache darin, daß die nationalen und politischen Gegensätze sich leichter überwinden lassen, wenn die Nationalitäten und Parteien für die Regierung mit verantwortlich sind.

Immer findet aber auch Rückkehr zu Beamtenministerien statt. Der Grund hiefür besteht in der nationalen und parteipolitischen Buntscheckigkeit der Zusammensetzung. Sie erlaubt nur Koalitionskabinette und diese

sind nie dauernd. Also wird parlamentarische durch nichtparlamentarische Regierung unterbrochen. In Italien, Niederlande, Dänemark besteht trotz rechtlicher Verfassungsmonarchie tatsächlich reine Parlamentsmonarchie.

β. Der Staat ist rechtlich parlamentarisch, tatsächlich konstitutionell. Die nordamerikanische Union hat juristisch die Natur der Verfassungsdemokratie, das Kabinett ist trotzdem Geschäftsministerium.

b) Es ist die politisch-moralische Abhängigkeit des Staatsoberhauptes wie des Parlamentes von der öffentlichen Meinung, die unter Umständen geradezu zwingt, daß der dynastische Verfassungsstaat ein Parlaments- und das parlamentarisch-konstitutionelle Staatswesen ein Beamtenkabinett hat.

Bei der Novembertrübung 1908 war der Reichstag nicht der die öffentliche Meinung schiebende, sondern der von der geschlossenen Volkseinheit geschobene Teil.

α. Steht das Volk mehr hinter dem Staatsoberhaupte, dann Beamtenregierung (monarchische Regierung).

Die Persönlichkeit des Volkskönigs kann so bedeutend sein, daß nicht er den Ministern, sondern sie ihm politisch-moralische Zusagen machen. In Norwegen hatten die radikalen Parteien die V. v. 1814 immer dahin ausgelegt, daß dem Könige bei Verfassungsänderungen kein Vetorecht zustehe. König Oskar II hat seit 1885 den ernannten Ministerpräsidenten mit Erfolg stets das Versprechen abgenommen, ihm auch solche Storthingbeschlüsse zur Sanktion vorzulegen. Unter dem Nachfolger 1908 ging der Ministerrat dazu über, VAenderungsbeschlüsse wieder ohne Sanktion zu publizieren. In Ungarn gab es 1905/06 ein Beamtenkabinett (Fejervary).

β. Stützt das Volk in höherem Grade das Parlament, d. h. ist dieses sicher, daß bei einer Auflösung das Volk geschlossen sich gegen das Oberhaupt erklärt, dann findet der Herrscher niemand, der entgegen dem Parlamente die Leitung übernimmt oder behält; unmöglich wird ihm, die Minister wie Kabinetssekretäre zu wechseln.

Grévy fand 1887 keine Minister mehr. Oder man denke an einen gleichzeitigen Rücktritt aller Reichs- und aller preußischen Minister.

Auf der anderen Seite wird, wenn einmütiger Volkswille gegen den Herrscher sich wendet, der Minister vorwiegend Vertrauensmann des Parlaments, dies Vertrauen ihm wichtiger als das des Herrschers. Das Parlament macht ihn für Fehler des Monarchen nicht verantwortlich. Das Parlament hält ihn vielmehr.

November 1908 erfolgte kein Rücktritt Bülows. Der Kaiser versicherte vielmehr 17. XI. 08 dem sein Vertrauen, der der Vertrauensmann der

deutschen Fürsten, des deutschen Volkes und aller Reichs- und preußischen Minister war.

c) Das ist parlamentarische Regierung, aber gewöhnlich ist sie vorübergehend. Denn daß der Staatschef beim Volk weniger Rückhalt besitzt, als das Parlament, widerspricht dem Wesen der Verfassungsmonarchie.

Der Regel nach ist in ihr die Mehrheit der Bevölkerung monarchisch gesinnt. Es handelt sich nur darum, das monarchische Regierungssystem vor Schwächung durch die monarchische Person zu schützen, einer dem Staatswohl nachteiligen, also unzweckmäßigen Handhabung der monarchischen Gewalt ein Ende zu bereiten, griechisch gesprochen die gute Einherrschaft, die Basilie, zu erhalten: Suspension der monarchischen Regierung, vorübergehende Volksherrschaft, um des monarchischen Prinzips willen, also ohne Verfassungsänderung. Von dem Wechsel der Personen unabhängige Einrichtungen zum Schutze der Schädigung der monarchischen Gewalt durch ihren Träger schaffen, somit Verfassungsänderungen herbeiführen zu wollen, wäre gleichbedeutend mit dauerndem Uebergang zum Parlamentarismus. Auch in der Nordamerikanischen Union ist reiner Parlamentarismus vorübergehend. 1868 stand Präsident Johnson vor dem Verfassungsgerichtshofe. Nur eine Stimme fehlte im Senate zur Zweidrittelsmehrheit und er wäre seines hohen Amtes entsetzt gewesen.

Ausnahmsweise ist der Zustand mehr dauernd. So in Oesterreich.

α. Gelingt hier Ausgleich zwischen nationalen, politischen und kulturellen Gegensätzen, dann steht das Volk in stärkerem Maße hinter dem Parlamente (parlamentarisches Koalitionsministerium[3]), meist auf der Grundlage des Systems nationaler Ressortverteilung). β. Sind geringere Differenzen vorhanden, so wendet das Volk sein Vertrauen teils den Parteien teils dem Ordnungsgedanken (Monarchen) zu (halbbureaukratisches, bureaukratisch-parlamentarisch gemischtes Kabinett) in Abstufungen: αα) Ressortminister nur Beamte, dazu deutsche, tschechische, polnische Landsmannminister; die politisch-nationalen Gegensätze also von den Ressorts ferngehalten; ββ) bei mehr Einigkeit auch als Ressortminister zum Teil oder vorwiegend Parlamentarier. γ. Vermögen die Parteien die Gegensätze nicht auszugleichen, was namentlich nach Sprengung von Koalitionsministerien unmöglich wird, dann versucht ein vorübergehendes und daher außer dem Chef zumeist bloß mit Sektionschefs kommissarisch verwaltetes Beamtenministerium zum Ausgleich zu führen (Uebergangsministerium). δ. Gelingt es nicht, dann dauerndes Beamtenministerium (Notregierung, Notkabinett, Exlexzustand[4]). ε. Wenn große Wahrscheinlichkeit besteht, daß ein Ausgleich zustande kommt, ist das Uebergangsministerium viel-

[3]) Verteilung der Sitze nach Nationen und Parteien; rein politisches und rein nationales Kabinett unmöglich.

[4]) In Ungarn waren auch 1909 wieder Parteizersplitterung und Parteigegensatz so groß, daß die Gruppen unter sich zu keiner Koalition kamen. Absolutismus wurde zu vorübergehender tatsächlicher Notwendigkeit.



leicht parlamentarisiert (die Parlamentarier werden Minister, die Beamten [aus Ersparnisgründen] nur kommissarische Verwalter, sog. „Leiter“ von Ministerien)[5].

d) In der Verfassungsdemokratie ist Beamtenkabinett regelmäßig vorübergehend. Nur vorübergehend steht das Volk geschlossen hinter dem Staatshaupte. Das Ministerium Fejervary in Ungarn war nicht nur eine Ausnahme-, sondern eine vorübergehende Erscheinung. Mehr dauernd besteht der Ausnahmezustand in den Vereinigten Staaten.

§ 2.

I. *An der Zusammensetzung des Ministeriums erkennt man also, ob der Verfassungsstaat außerparlamentarisch oder parlamentarisch regiert wird. Sind zu Minister nur vorwiegend Vertrauensmänner des Staatshauptes berufen, so wird monarchisch regiert; sitzen im Ministerium Leute vorwiegend des Vertrauens des Parlamentes, so herrscht Parteiregierung* [6]).

Man hat das parlamentarische Regierungssystem, die demokratische Regierung, eine Regierung ohne Regierung genannt. Das will sagen: ohne Minister, die in erster Linie Vertrauensleute des Staatshauptes sind.

Das Wesen des Parlaments- oder Parteiministeriums bringt mit sich, daß die Minister politisch nicht genötigt sind, ihre Entlassung zu erbitten, soferne sie das Vertrauen des Staatshauptes verlieren.

Die Minister sind nach Neuwahlen politisch nicht verpflichtet, dem Staatschef ihre Aemter zurückzugeben, wenn die Neuwahlen an der Parteigruppierung nichts erhebliches ändern. Sie können ruhig Interpellationen abwarten, durch die festgestellt wird, ob auch die neue Volksvertretung ihnen vertraut. Bei Parlamentsregierung kommt leicht vor, daß das Staatshaupt keine Minister findet; denn niemand kann wagen, Minister zu werden, der nicht eine Mehrheit hinter sich hat.

---

[5]) Ministerpräsident Frh. v. Beck Juni 1908: „8 Nationalitäten, 20 parlamentarische Körperschaften, 27 parlam. Parteien, 2 verschiedene Weltanschauungen, ein kompliziertes Verhältnis zu Ungarn, die durch beiläufig 8½ Breiten- und ebensoviele Längengrade gegebene Kulturdistanz, alles das auf einen Punkt zu vereinigen, das ist notwendig, um Oesterreich zu regieren.“ Bei solcher Sachlage wechseln die politischen Situationen und daher auch die Ministeriumsformen.

[6]) Hintze, Monarch. Prinzip u. konstitut. V. in preuß. Jahrb. 144, 488: Der Geist der konstitutionellen monarchischen Regierung verlangt vor allem Einheit und Vertrauen zwischen Monarch und Ministerium.

[7]) Sommer 1908 wurde das unverbürgte Wort kolportiert: Bernhard (Bülow) bleibt, ob mit oder ohne Block.

Im Wesen des Geschäftsministeriums liegt, daß die Kabinettsmitglieder nicht in die politische Notwendigkeit versetzt werden, ihre Demission zu geben, wenn sie der Parlamentsmehrheit nicht genehm sind. Im Gegenteil möglich ist, daß derjenige Geschäftsminister im Vertrauen des Monarchen steigt, der die Unterstützung der Volksvertretung einbüßt. Der König hält oft einen Minister gerade, weil die Parlamentsmehrheit oder die öffentliche Meinung die Entlassung wünscht. Oft versichert der Monarch das Ministerium seines Vertrauens, lehnt also seine Entlassung ab, wenn es in der Kammer empfindliche Niederlagen erlitt, den heftigsten Angriffen ausgesetzt ist. Und entgegengesetzt ist möglich, daß die Krone einen Ratgeber entläßt, nicht weil die Mehrheit, sondern die Minderheit des Parlaments es wünscht. Durch sein Verhalten ihr gegenüber hat er auch das Vertrauen seines Herrn verscherzt.

Was für das parlamentarische Ministerium der Parlamentswechsel (die Neuwahl), ist für den Geschäftsminister der Thronwechsel. Dort ist das erste, was das Ministerium tut, daß es ergründet, ob es auch das Vertrauen der neuen Kammer besitzt, ihr legt es sein Programm (Art und Reihenfolge der Aufgaben) vor. Hier unterbreitet es sein Programm dem Monarchen. Die Parteiregierung kämpft um ihre Existenz, wenn sie auflöst, das Beamtenministerium erschwert sich dadurch in der Regel nur die Lage. Auf der anderen Seite verliert der Kronminister mit dem Verlassen des Ministersessels allen politischen Einfluß; der gestürzte Kabinetschef im parlamentarischen Staat wird Führer der Opposition. Wo das Parlament die Macht besitzt, führt die Angliederung an das Volk, das Streben, sein Vertrauen zu erwecken, in die Höhe; wo die Dynastie die Macht hat, der Anschluß an diese. Der Parteiminister, der zweifelhaft ist, ob er noch das erforderliche Vertrauen besitzt (er hat vielleicht einen Fehler begangen), stellt dem Parlament, der Geschäftsminister dem Könige die Vertrauensfrage. Das Vertrauen ist Abstufungen zugänglich. Der eine Minister kann beim Parlamente oder den Wählern bezw. dem Staatshaupte größeres Vertrauen besitzen als der andere.

II. *Parlamentarisch ist die Regierung somit nur, wenn die Parteien die Macht besitzen, Männer ihres Vertrauens zu Ministern zu machen.*

A) Also genügt nicht die Macht, Minister ihres Mißtrauens zu entfernen. Die Volksvertretung muß nicht nur ihr nicht genehme Minister stürzen, sondern ihr genehme Leute ins Ministerium bringen können [8]. Parlamentarische Regierung

[8]) Ebenso JELLINEK, Regierung und Parlament 1909, S. 25.



heißt Bestimmung der Regierung durch das Parlament. Das liegt noch nicht vor, wenn die Kammern die Macht besitzen, einer ihnen nicht genehmen Regierungsweise das Ende zu bereiten, sondern erst, wenn sie in der Lage sind, eine ihnen genehme Regierung herbeizuführen.

Jellinek schlug 1908 vor[9]), der Reichstag solle die gesetzliche Befugnis erhalten, zu beschließen, daß der Reichskanzler durch seine Amtsführung das Vertrauen verwirkt habe, das sein Amt erfordere, und der Beschluß solle das endgiltige Ausscheiden aus dem Reichsdienste zur Folge haben. Darin läge gewiß eine Beteiligung des Parlaments an der Exekutive[10]) (Absetzungsrecht), aber keineswegs eine Umwandlung des monarchischen in ein Parlamentskönigstum. Denn eine Sicherheit dafür, daß der Staatschef zu neuen Ministern ihnen genehme Leute ernennen wird, erwerben die Parteien durch ihren Ministersturz nicht. Erst wenn sie auch die Macht haben, neue Minister gegen das Staatshaupt zu stützen, erreichen sie, daß die Nachfolger einer ihnen genehmen politischen Richtung angehören. Leichter findet sich eine Mehrheit zusammen zum negativen Stürzen als zum positiven Schaffen.

B) Sonstiger Anteil an der eigentlichen Exekutive (Einfluß auf Besetzung anderer Stellen usw.) genügt auch nicht.

2. Arten der parlamentarischen Regierung.

§ 3.

I. *Dem Grade ihrer Macht nach zerfällt die parlamentarische Regierung in die parlamentarisierte und die rein parlamentarische Regierung. Dort sind nur ein Teil der Minister Vertrauensleute der Kammer, hier sind es alle.*

Die reine Parlamentsregierung gliedert sich wieder in die Koalitions- und die Einheits-Regierung. Die erstere ist weniger eine Mehrheits-, als eine Mehrheiten-Regierung.

Den besten Beweis hiefür liefert, a) daß beim Koalitionsministerium ein Parteiführer Minister werden kann ohne das Vertrauen seiner Partei. So Millerand und Briand (1909). Sie wurden es sogar gegen den Willen ihrer Partei. Die Sozialisten schlossen sie aus, weil sie ebenso wie z. B. ihre Parteigenossen in Oesterreich und Finland nicht wollen, daß einer von ihnen in ein bürgerl. Ministerium tritt; b) daß es möglich ist, daß hinter dem Ministerium nur eine Minderheit steht. Briand trat 1912 zurück, weil seine Mehrheit klein war. Aber der Nachfolger wurde aus der Minderheit genommen. Die Mehrheit war zusammengesetzt, die Minderheit geschlossen.

Die Macht des Koalitionskabinetts ist gering. Bei Kleinheit der Parteigruppen ist ein parlamentarisches Ministerium schwer

---

[9]) Ein Gesetzentwurf betr. die Verantwortlichkeit des Reichskanzlers usw. 1909; auch in der Frankf. Ztg. Nr. 334 v. 1. XII. 08.

[10]) Schmidt, Z. f. Pol. 2, 202.

zu halten. Seine Geschlossenheit ist schwach, denn das Band, das zwischen den Ministern besteht, ist locker. Zur Annäherung der Parteien trägt das Kartell-Ministerium wenig bei, der einzelne (Partei-)Minister bedeutet nur eine Verbindung zwischen dem Ministerpräsidenten und einer Partei. Koalitionen reichen aus zum Ablehnen, halten aber schwer zusammen fürs Schaffen. Die arbeitsfähige Mehrheit ist nicht fest. Die Obstruktion einer Gruppe legt sie lahm. Der stärkste Grad des parlamentarischen Regierungssystems ist erreicht, wenn die durch Parlament und Wählerschaft dargestellte öffentliche Meinung so einheitlich ist, daß sie das Staatshaupt, den Präsidenten oder gar das lebenslängliche, zur Abdankung zwingt: Präsidentschafts- und Königskrisen. In Belgien drohte eine solche 1907.

II. Ihrer Organisation nach ist die Parteiregierung mittelbar oder unmittelbar in einem dreifachen Sinne:

A) Die Vertrauensmänner des Parlaments sind entweder Mitglieder des Parlaments oder Außenstehende oder teils dieses teils jenes.

Die Minister müssen also nicht gerade Parlamentarier sein. Die Parteiführer können hinter den Parlamentskulissen, durch die Kulissen regieren, statt durch das Parkett (Kulissen- nicht Parkettkabinett; verhüllte Parlamentsregierung).

In der Türkei herrschte 1909/10 das Komité für Einheit und Fortschritt (ein Parteiführerkomité) mittelbar. Nur einige englische Kolonien schreiben vor, daß das Kabinett aus Parlamentsmitgliedern besteht. Im Commonwealth of Australia gilt, daß die Minister ihr Amt nicht länger als drei Monate führen dürfen, wenn sie nicht Mitglieder einer der beiden Kammern des Bundesparlamentes sind. In der Deutschen RV. v. 1849 war das System indirekt durch die Vorschrift (§ 123) angedeutet, daß die Minister nicht Mitglieder des Staaten- sondern nur des Volkshauses sein dürften.

Nicht selten begegnet die gemischte Form. Die politischen Minister sind Parlamentarier, die technischen das Vertrauen der Kammer besitzende (z. B. republikanisch gesinnte) Generale und Admirale.

B) Die Parteien ernennen die Minister für die Regel nicht unmittelbar, sondern empfehlen nur den Kandidaten.

Die Regierung des Parlaments ist also nur eine indirekte, auch in dem Sinne, daß das Staatshaupt rechtlich nicht an den Vorschlag gebunden ist. Der Staatschef kann sich weigern und statt dessen auflösen oder abdanken, oder mit dem einen



oder anderen drohen. Der Staatschef hat auch beim parlamentarischen Regierungssystem die rechtliche Möglichkeit, Minister zu entlassen, die das Vertrauen der Kammern genießen, und Minister zu wählen, die nicht vom Ministerpräsidenten vorgeschlagen und nicht im Vertrauen des Parlamentes sind. Solche Ernennungen sind gültig; es könnte ja sonst zu Zeiten, wo es kein Parlament gibt (Ablauf der Wahlperiode) gar kein Ministerium gebildet werden [11]. Aber das Staatsoberhaupt ist dann politisch genötigt, die Kammer aufzulösen und, wenn das Volk dieselbe Mehrheit zurückschickt, Männer zur Ministerbildung zu berufen, von denen anzunehmen ist, daß sie in der Lage sind, die Parteimehrheit hinter sich zu haben.

Diese Gestaltung erfordern verschiedene Interessen. Würden die Minister aus Parlamentswahlen hervorgehen, so würde das politische Leben zu oft Erregungen ausgesetzt. Schon ohnedies wechseln parlamentarische Ministerien häufiger. Das Vertrauen vieler verliert man leichter als das eines einzigen. Nicht nur mit den Wahlperioden, sondern auch in ihnen wechseln Parteikabinette. Dazu ist, da der Weg zum Ministerstuhl durch das Parlament geht, die Zahl derer größer, die Minister werden können und wollen. Aber auch die Freiheit der Wahl zwischen verschiedenen Mitteln muß dem Staatshaupt bleiben (Niederlagen im Parlament wirken für den Minister selbst in parlamentarischen Staaten nicht notwendig tödlich). Sonst verfällt das Volk dem Parlamentsterrorismus. In der Türkei ist das parlamentarische Regierungssystem rechtlich vorgeschrieben. Allein auch hier hat der Staatschef die Wahl. Art. 97 der 1908 wiederhergestellten V. von 1876 lautet: Verwirft die Kammer der Deputierten einen Gesetzesvorschlag, für dessen Vorschlag das Ministerium sich einsetzen zu müssen glaubt, so befiehlt der Sultan entweder den Wechsel des Ministeriums oder die Auflösung.

In der Schweiz allein besteht die Einrichtung, daß das Parlament die verantwortlichen Staatsleiter unmittelbar wählt. Nach jeder Gesamterneuerung des Nationalrates (alle drei Jahre) wird der Bundesrat von der Bundesversammlung neu gewählt. Die Ausnahme kommt daher, daß über den verantwortlichen Ministern (dem Bundesrate) ein Staatsoberhaupt nicht vorhanden ist.

C) Das Parlament regiert durch die Minister allein oder

---

[11]) Würde das Parlament ernennen, so könnte ein Ministerium, das bei den Wahlen in der Minderheit blieb, auch vor dem Zusammentritt des Parlaments weder zurücktreten noch auf Initiative des Königs durch ein Kabinett der neuen Richtung ersetzt werden.



auch selbst, insbesondere durch die Vorsitzenden und die Kommissionen[12]).

Es gibt eine Lehrmeinung, die behauptet, nur in letzterem Falle liege eine parlamentarische Exekutive vor. Dem Wortlaute nach gewiß. Aber herkömmlicherweise wird von parlamentarischer Regierung erst und schon gesprochen, wenn das Parlament die Macht hat, seinen Vertrauensleuten Ministerstühle zu verschaffen. Auch diese Exekutive hat die Wurzel ihrer Kraft im Parlament oder richtiger im Volk.

D) Die Parlamentsregierung kann offen oder geheim (versteckt) sein. Letzteres ist sie, wenn Regierung und Parlamentsmehrheit diese Herrschaft aus taktischen Gründen ableugnen.

3. Die politische Verfassungsart der deutschen Einzelstaaten.

§ 4.

Politisch angesehen besitzen die Kammern in den deutschen Monarchieen nicht nur Kontrolle über die Exekutive, sondern aktiven Anteil hieran; die Exekutive (Anstellungswesen) wird weitgehend im Sinne der Parteien geführt.

Das kommt so. Der Fortschritt im Staatsleben verlangt neue Ausgaben und damit auch neue Einnahmen. Neue Einnahmen zu verweigern, ist auch im gemäßigten Verfassungsstaate das Parlament befugt. In dieser Befugnis steckt logischerweise zugleich das Recht, die Befugnis in der milderen Form der Bewilligung unter Auflagen (sog. Bedingungen) auszuüben. Was man völlig frei verweigern darf, das kann man auch unter frei gewählten Bedingungen bewilligen, gerade so wie derjenige, der eine Konzession frei versagen darf, auch die Befugnis besitzt, sie bedingt zu erteilen. Die Kammern dürfen, wie der englische Ausdruck ist, die Bewilligung unter einander wie gegenüber der Regierungen bepacken, mit Häkchen (tacks) versehen.

Allerdings gibt es in Deutschland eine ganze Reihe von Verfassungen[13]), die bepackte Gesetze (tacked bills), Gesetze mit Widerhaken (riders), wie die Amerikaner sagen[14]), verbieten: »Die Stände können die Bewilligung von Steuern mit

[12]) Hatschek, Englisches Staatsrecht 1 (1906), S. 98; ders., Das Interpellationsrecht 1909, S. 149.

[13]) Bayern Tit. VII. 9, Baden 56, Sachsen 102, Württemberg 113 Hessen 68, Oldenburg 188.

[14]) Rehm, Allg. Staatslehre 1899, 302.

keiner Bedingung versehen«. Gewiß liegt hierin eine Einschränkung der parlamentarischen Freiheit. Die Kammer hat nur die Wahl zwischen unbedingt annehmen und ablehnen und ist dadurch genötigt, Ausgaben zu bewilligen, deren Verweigerung das Staatswohl mehr schädigen würde, als es geschädigt wird, wenn unterbleibt, was sie als Bedingung stellen möchte. Aber diese Beschränkung ist nur eine formale. Das Gesetz untersagt lediglich, Bedingungen mit Bewilligungen beschlußmäßig zu verbinden, d. h. formal zu beschließen: wir bewilligen nur unter der und der Bedingung. Keineswegs verbietet das Gesetz der Kammer, bei der Beratung zu erklären: wir bewilligen, aber wir wünschen das und das und werden, wenn uns die Erfüllung unserer Wünsche nicht in Aussicht gestellt wird, andere notwendige Ausgaben, deren Ablehnung nicht das Staatswohl schädigt, verweigern. Die Zahl der neuen Ausgaben, die von jeder Kammer verlangt werden, ist so groß, daß sich unter ihnen auch nur wünschenswerte befinden. Die Kammer kann daher beschließen, wenn bei dieser Angelegenheit, wo wir moralisch gezwungen sind, die Ausgaben gutzuheißen, unsere Wünsche unberücksichtigt bleiben, so werden wir anderen Ausgaben die Zustimmung versagen, bei denen uns das Ablehnen nicht schwer fällt. Die Kammer handelt nicht rechtswidrig, wenn sie dies rein willkürlich, also auch in dem Falle tut, daß sie von der Nützlichkeit überzeugt ist und die Mittel vorhanden wären. Der Unterschied ist nur: Könnte sie das Etatsvotum mit Bedingungen versehen, so wäre die Regierung rechtlich gebunden; so ist sie es, wenn das Parlament die Bewilligung von dem Inaussichtstellen der Erfüllung von Wünschen abhängig macht, nur politisch.

Die Bedingungen, bezw., wo diese verboten sind, Wünsche, welche die Volksvertretung vorbringt, beziehen sich auf die Legislative.

Die Parteien wünschen, daß bestimmte Gesetze vorgelegt oder sanktioniert werden, besonders solche, welche die politische Macht des Parlaments heben: z. B. Verlängerung der Legislaturperioden (von drei auf fünf Jahre im Reiche 19. III., in Preußen 27. V. 88 durchgesetzt). Je länger, um so unabhängiger vom Volkswillen.

Aber die Parteien stellen auch Bedingungen und Wünsche, die die Exekutive betreffen: größere Spezialisierung des Bud-



gets und damit Erweiterung ihrer Kontrollmöglichkeiten, Gestaltung des Erlaubnis-, Submissions- und Personalwesens, überhaupt Behandlung der Ermessensfragen nach den Intentionen der Parteien. Sie wollen eine parteiische Verwaltung.

Nicht von der Regierung, sondern von den Parteien wird die Freiheit der Universitäten bedroht. Sie wollen die Regierung zu Eingriffen in die Lehrfreiheit drängen (bestimmte Besetzung der Lehrstühle).

Und die Regierung geht auf die Bestrebungen der Parteien ein. Sie brauchen gar nicht Bedingungen zu stellen. Die Regierungen rechnen von vornherein mit dem Rechte des Parlamentes, für Zustimmungen Kompensationen zu verlangen, als mit einer gegebenen Größe. Die Wünsche der Parteien sind ihr aus der Parteipresse oder aus Reden einflußreicher Parlamentarier bekannt. Sie wartet nicht, bis die Wünsche im Parlament geäußert werden, sondern richtet von vornherein Gesetzesvorlagen und die Verwaltung so viel als nur möglich nach der Parteilage im Lande (z. B. nach dem politischen Grundcharakter der Neuwahlen) ein. Selbst geheime Wünsche beachtet sie im voraus. Der Einfluß der Parteien ist somit groß, um so größer, je länger die Wahlperioden laufen und je stärker und ständiger die Parlamentsmehrheiten und die Zunahme der Bedürfnisse sind.

§ 5.

Trotz des großen Einflusses der Parteien ist die Regierung doch nicht parlamentarisch. Einfluß auf die Regierung haben und die Regierung regieren, also allein regieren sind verschiedene Dinge[15]. *Das Parlament hat nur ein Mitregiment. Es herrscht monarchisches Regierungssystem.*

1. Keinen Beweis für das Vorhandensein parlamentarischer Regierung bildet, daß auch in den deutschen Staaten die Minister des Vertrauens der Kammer bedürfen. Zum Begriffe des außerparlamentarischen Ministeriums gehört nur, daß es in erster Linie durch das Vertrauen des Staatshauptes bestimmt wird. Daß es in zweiter Reihe auch Vertrauen der Kammern braucht, ist dadurch nicht ausgeschlossen. Wie es für das Parteiministerium bedeutungsvoll ist, daß es gleichzeitig das

[15]) S. auch Hintze, Preuß. Jahrbücher 144, 403.



Vertrauen des Staatshauptes besitzt [16]), so ist es auch für das parteilose Ministerium nicht gleichgültig, ob es den Kammern genehm ist. In jedem Verfassungsstaate gilt: neue Ausgaben und neue Steuern bedürfen parlamentarischer Willigung. Will der Verfassungsfürst stehen bleiben, dann kann er zu Ministern machen, wen er will. Will er aber vorwärts schreiten, so ist er genötigt, solche Persönlichkeiten als Minister zu berufen, von denen er annehmen darf, daß sie beim Parlamente Mehrheit und daher Zustimmung zu seinen Plänen finden.

Die Möglichkeit solchen Doppelvertrauens zeigt schon der Umstand, daß auch im Verfassungsstaate im Zweifel der Minister zugleich Abgeordneter sein kann. Die Notwendigkeit beweist die Tatsache, daß auch Beamtenminister bei ihrer Ernennung die erste Gelegenheit wahrnehmen, um die Kammer um Vertrauen zu bitten, und auch späterhin wohl erklären, sie würden nur fortarbeiten, soferne sie das Vertrauen der Kammer besitzen. Zur Erledigung neuer Aufgaben braucht eine Parlamentsmehrheit nur geneigt zu sein, wenn ihr der politische Kurs des Ministers zusagt. Einer Regierung, der man nicht vertraut, bewilligt man keine neuen Steuern. Die erste Frage bei einer Ministerernennung ist daher: wie wird sie von der Parteipresse aufgenommen? findet der neue Herr eine gute Presse d. h. Vertrauen? Ferner kommt auch in Verfassungsmonarchien vor, daß den Ministern in der Kammer Vertrauen ausgesprochen wird. Im Dez. 1906 erklärte z. B. die hessische Kammermehrheit, der Standpunkt der Regierung in einer bestimmten Frage (das Ministerium hatte Sozialdemokraten in der Gemeindeverwaltung bestätigt) sei zwar nicht der ihrige, aber ihr Vertrauen zur Regierung sei nicht erschüttert. Das Bleiben eines Ministers im Amte kann auch nach Meinung des Parlaments wünschenswert, ja notwendig sein. Obwohl Bülow, wie die Schreiben bezeugten, die er nachher bei seinem Abschiede erhielt, mit dem Bundesrate ein volles Vertrauensverhältnis verband, stellte er doch zugleich obwohl nicht der Form doch der Sache nach vor Abstimmung über die Nachlaßsteuer auch dem Reichstage die Vertrauensfrage. Auch im konstitutionell regierten Staatswesen kann der Wahlausfall zu Rücktritten führen (Elsaß-Lothringen 1887).

2. Die parlamentarische Regierung wird auch nicht dadurch bewiesen, daß die Parteien großen Einfluß auf die Verwaltung besitzen. Jeder Fortschritt, der neue Ausgaben notwendig macht, mutet dem Parlamente eine Konzession zu. Je mehr Konzessionen von den Parteien verlangt werden, um

[16]) Wer es braucht, ist der Erstminister. Ihn allein beruft der Staatschef, die übrigen der Premier. Nicht umsonst heißt der zur Bildung berufene in Ungarn homo regius. Der leitende Staatsmann hat das Vertrauen nötig, wenn er gegen das Parlament kämpfen will (Auflösung, Pairsschub).



so mehr können sie fordern, sobald sie einig oder stark sind. Wenn die Zahl der Parteien groß ist, gelingt der Regierung das Gewinnen einer Mehrheit nur schwer und bloß von Fall zu Fall. Andrerseits muß sie dann weniger entgegenkommen. Sind wenige, aber größere Parteien vorhanden, so kann die Regierung leichter Mehrheiten gewinnen, aber sie muß dafür auch mehr geben. Trotzdem hier also die Einwirkung der Parteien auf die Exekutive weiter reicht, liegt doch keine Herrschaft des Parlaments über die Regierung vor, denn jedem solchen Entgegenkommen entspricht eine Konzession der Parteien, die Konzession eines arbeitsfähigen und arbeitsbereiten Parlamentes.

Im parlamentarischen Leben[17]) wird diese Konzession übersehen. Es kommt das von der übertreibenden Sprache des Parteikampfes. Wenn die Regierung der gegnerischen Partei nachgibt, so wird dies als Parteiherrschaft bezeichnet. Das Ministerium verwalte, die Partei regiere. Als in der Reichstagssitzung vom 8. VII. 09 vom Regierungstische die Worte fielen: wir haben uns nur nach den schwersten Bedenken zu der höchst mangelhaften Steuer entschlossen, da erwiderte die Minderheit: aus den verbündeten Regierungen sind verbündete Regierte geworden.

Wie unzutreffend die Ausdrucksweise ist, zeigt die Tatsache, daß die Parteien, sofern die Regierung mit ihnen zusammenarbeitet, ihnen Konzessionen macht, von Verständigung sprechen. In Wahrheit kann in beiden Fällen die politische Lage nur dieselbe sein. Verständigung weist auf Gleichordnung. Auch bei der Reichsfinanzreform von 1909 lag kein Sichunterwerfen vor. Als Konzession erhielt die Regierung Befreiung aus der Finanznot.

Selbst für die alle bisherigen Grundsätze der Reichsfinanzwirtschaft verlassende Gesetzgebung des Jahres 1913 war es falsch, wenn die Gegner der Regierung und der Mehrheitsparteien riefen, die Gesetzgebung habe der Reichstag gemacht und der Bundesrat sich gefügt. Die Volksvertretung besitzt nach der Verfassung Initiativ- und Abänderungsrecht. Also ist ein Ein-

[17]) Manchmal auch in der Theorie. Jellinek, Regierung und Parlament, erkennt wohl an, daß in Deutschland parlamentarische Regierung nicht gilt (S. 25), meint aber, außerparlamentarische Regierungen könnten in dieselbe „Abhängigkeit" von Kammermehrheiten geraten (S. 35).



gehen auf Vorschläge des Parlaments so wenig ein Sichfügen, wie die Annahme von Entwürfen, welche die Regierung kraft ihrer Anregungsbefugnis an die Volksvertretung bringt.

Aus jener Uebertreibung erklärt sich weiter, daß es üblich ist, von einem »über den Parteien stehen« zu sprechen, wenn die Regierung nicht ständig mit bestimmten Parteien zusammengeht. Stünde die Regierung in diesem Falle wirklich über den Parteien, so müßte sie keiner Zustimmung der Parteien bedürfen, aber sie muß auch hier sich erst verständigen und zwar fällt es ihr schwerer; also liegt auch da Gleichordnung vor.

3. Andrerseits ist kein Grund gegen das Vorhandensein von Parteiregiment, daß die Regierung die Konzessionen unterlassen könnte, wenn sie auf jene Ausgaben verzichtete oder mit dem Parlamente kämpfte, es auflöste. Man sagt, weil sie dies könnte, sei die Beeinflussung der Verwaltung durch die Parteien ein Aeußern freien Willens der Regierung, also nicht beweiskräftig für eine Parteiherrschaft. Allein Möglichkeiten beseitigen nicht Wirklichkeiten. Besitzen die Parteien die Macht, die Ministerien mit Parteigängern zu besetzen, so ist parlamentarische Regierung auch vorhanden, wenn das Staatshaupt die Möglichkeit besässe, unter anderen Voraussetzungen es zu verhindern. Es liegt in dieser Möglichkeit sowenig ein Grund gegen die Parteiregierung, wie ein Grund für sie in der Behauptung, auf die Dauer könne keine Regierung dem einmütigen Volkswillen widerstehen. Dies setzt voraus, daß die Volksmeinung der Regierung entgegengesetzt ist. Das muß nicht sein. Nicht ausgeschlossen ist, daß beim Kampfe zwischen Regierung und Parlament die öffentliche Meinung schon bei der ersten oder bei späteren Auflösungen sich freiwillig oder durch Wahlbeeinflussung auf Seite des Königs stellt. Gewiß beruht die Existenz der Herrschaft auf der Meinung des Volkes. Die Gewalt der Gesamtheit der Beherrschten ist größer als die Gewalt weniger einzelner. Aber daraus folgt nicht Parteiregiment. Es könnte sonst ja nur Republiken geben. Solange die dynastische Gesinnung im Volke stärker ist als das Kraftgefühl natürlicher Ueberlegenheit, besteht keine Parteiregierung. In Preußen hat der Sieg von Königgrätz 1866 einen Umschwung der Volksstimmung herbeigeführt. Der monarchische Gedanke erwies sich stärker als der Parteigedanke.



4. Kein Grund gegen die Existenz der Parlamentsherrschaft liegt in der vielen Verfassungen [18]) angehörigen Bestimmung, daß Eintritt in den Staatsdienst und Beförderung in ihm den Verlust des durch Wahl erworbenen Abgeordnetensitzes mit sich bringt. Die Wiederwählbarkeit ist ja dadurch nicht ausgeschlossen.

Der Satz stammt aus England. Er bezweckt zu verhindern, daß die Regierung auf Beschlüsse der Wahlkammer ebenso einwirken kann wie auf die des Oberhauses durch Mitgliederernennung. Jedes Mitglied des Unterhauses, das Minister wird, muß sich einer Neuwahl unterziehen. Trotzdem ist Parlamentsregierung entstanden. Der Weg zum Ministersessel, also zum wichtigsten Staatsamt, hat Parlamentsmitgliedschaft zur Vorstufe. Man sollte meinen, der Satz sei daher außer Kraft getreten. Er gilt noch. Wenn nach den allgemeinen Neuwahlen die Führer Minister werden, müssen sie die Unbequemlichkeit und Unsicherheit einer Neuwahl über sich ergehen lassen. Natürlich muß der Satz jetzt aber einen anderen Zweck haben. Er dient heute zur Stärkung des Einflusses der Kammer auf die Regierung. Ist dem Unterhause eine von der Krone (dem Premier) in das Ministeramt berufene Persönlichkeit nicht genehm, so setzen die Unterhausmitglieder alles daran, ihre Wiederwahl zu vereiteln.

Jedenfalls würde durch den Rechtssatz nur diejenige Form der parlamentarischen Regierung erschwert sein, bei der die Minister dem Parlamente angehören. Daher ist auch bloß die Parlamentsregierung in dieser Form gesetzlich ausgeschlossen durch die Vorschrift einiger deutscher Staaten, daß Minister zu Abgeordneten nicht wählbar sind [19]).

Die Vorschrift ist erlassen, um die Volksvertretung vor kollegialer Beeinflussung durch die einflußreichsten Staatsbeamten zu schützen. An den anderen Zweck wurde selten gedacht [20]).

5. Die Gründe, warum das Regierungssystem der deutschen Monarchie nicht parlamentarisch ist, sind diese:

a) Wenn zum parlamentarischen Regierungsystem auch genügt, daß als Minister Nichtparlamentarier fungieren, so müßte es doch häufiger vorkommen, daß Minister zugleich Parlamentarier sind. Gewiß begegnet diese Doppelfunktion. Aber zumeist sind es dann Persönlichkeiten, die Abgeordnete wurden, weil sie Minister sind, nicht Männer, die zuerst Abgeordnete und dadurch Minister wurden. Die Minister sind

---

[18]) RV. 21, Preußen 78, Bayr. Wahlgesetz 36, Sachsen, Württemberg Baden usw.

[19]) Sächs. Wahl-G. vom 15. V. 1909, § 14; hess. Wahl-G. v. 3. VI. 1911 Art. 15; Weimar, Altenburg, Lippe, Reuß j. L.

[20]) Clauss, Der Staatsbeamte als Abgeordneter 1906, S. 175.

in Deutschland nicht regierende Abgeordnete, sondern regierende Diener der Krone. Durch das Parlament gestürzte Minister verlieren allen politischen Einfluß und kehren schwer wieder in das Amt zurück. In der parlamentarischen Monarchie werden sie meist Führer der Opposition und finden dadurch leicht den Weg zum Ministersessel zurück.

b) Auch wenn es feststeht, daß der Rücktritt der Regierung durch das Parlament (durch Ablehnung dringender Reformen und anderes) veranlaßt wurde, sieht der Staatschef in Deutschland davon ab, die Verantwortung auf das Parlament dadurch abzuwälzen, daß er es bittet, das neue Ministerium zu stellen. Mag die Regierung der Volksvertretung noch so weit entgegenzukommen pflegen, so weit geht sie doch nicht, daß, wenn eine Ministervakanz eintritt, sie die Parteien auffordert, ihr Kandidaten zu nennen, selbst dann nicht, wenn ihr große Einheitsparteien oder feste Parteiverbindungen gegenüberstehen. Der Grund ist, man will keine Parlamentsherrschaft entstehen lassen. Auch falls nur selten so verfahren würde, wäre es beginnende Selbstvernichtung des monarchischen Regierungsprinzipes. Ad evitanda mala maiora wird davon abgesehen.

c) Sogar die Parteien, die über eine sichere Mehrheit im Parlamente verfügen, streben nicht darnach, daß die Regierung aus ihren Reihen genommen wird.

Die Parteigegner, aber auch theoretische Politiker (JELLINEK) erklären dies nur für eine Formsache. Sie erklären, die Mehrheit zieht stilles Regieren dem sichtbaren Herrschen vor; sie verzichtet auf die formelle Regierung, hat aber die materielle; sie „will nicht Regierung, aber Macht über die Regierung“ [21]); es liegt Parlamentsregierung vor, aber aus taktischen Gründen versteckte; die Mehrheit finde verhüllte Herrschaft ihren Interessen zuträglicher; übernehme sie das Ministerium, so sei sie auch an ein Regierungsprogramm gebunden; sie könne sich nicht mehr heute als konservative Autoritäts-, morgen als demokratische Oppositionspartei gerieren. So liegt die Sache nicht bloß.

Die Parlamentsmehrheit weiß, daß sie ohne parlamentarisches Regierungssystem weniger, aber dafür sichere und verantwortungsfreie Herrschaft hat.

Regierungspartei bedeutet in den deutschen Monarchien eine Partei, die den größtenEinfluß hat, nicht Partei, die regiert. Sie beherrscht die anderen Parteien, aber nicht auch das Mini-

[21]) JELLINEK, Regierung u. Parlament 35.



sterium. Wenn der Name Regierungspartei auch im ersten Sinne von den Parteien abgelehnt wird, so ist dies nur ein Ausfluß der Taktik. Die Mehrheit stellt nicht die Minister, hat daher nicht die Initiative, die Leitung. Machen sich bei der Stellenbesetzung, insbesondere Beförderung, politische Einflüsse geltend, so bilden sie doch noch die Ausnahme. Die Beamten sind nicht Vollzugsorgane des Parlaments, Wahlagenten der Parlamentarier, sondern Untergebene des Staatshauptes. In den Ministerien und den Verwaltungskreisen herrschen nicht die Politiker, sondern die Bureaukraten. Der Staat des parlamentarischen Regierungssystems (Frankreich usw.) besitzt eine politisierende Armee. In den dynastisch-konstitutionellen Staaten ist das Heer kein Parlamentsheer. Das deutsche Heer greift nicht mit Pronunziamentos in den Streit der Parteien ein. Der deutsche Staat ist Beamten- und Militärstaat. D. h. den Staat leitet der Beamten- und der Militärstand, nicht die Parteiführer. Bei Ministerkrisen wird zumeist gefragt, welches sind die besten und tüchtigsten Männer für diesen oder jenen Posten, und nicht darauf gesehen, daß die Fraktionen im Ministerium vertreten sind. Zu Ministern werden Fachleute, nicht Politiker ernannt. Im parlamentarisch regierten Staat ist das Beamtentum von den leitenden Stellen ausgeschlossen; »die Minister gehen aus den Parlamentariern hervor«[22]), bei uns kommen die Minister gewöhnlich aus den Reihen der Bureaukratie.

Was ihnen an Umfang der Macht fehlt, das gewinnen die Parteien an Zeit. Regierende Parteien herrschen nicht lange. Verantwortlichkeit für die Staatsleitung verkürzt den Einfluß.

d) Auch in den deutschen Monarchien ist die Tragweite der Wahlen groß, aber doch nicht so, daß sie parlamentarisch regiert wären. Kommt in Deutschland eine neue Partei ans Ruder, so bedeutet dies nicht auch einen Wechsel des Beamtenkörpers und des Ministeriums. Im reinen Verfassungsstaate ist die Kontrolle des Parlamentes nahezu völlig ausgeschaltet. Denn jede Ministerkrisis wird leicht zur Majoritätskrisis. Die herrschende Partei gehorcht daher ihrem Führer. Dieser fühlt sich nur der Wählerschaft verantwortlich. Der englische Minister verschwendet wichtige Mitteilungen nicht an das Parlament, sondern in Wahl- und anderen politischen

[22]) Hintze, Beamtenstand 1911, S. 111.

Versammlungen (bei Parteidiners: afterdinner-speech), also vor dem Volke gibt er sie kund, selbst wenn das Parlament versammelt ist. Der deutsche Minister spart mit Spannung erwartete Erklärungen für das Parlament auf.

e) Parlamentarisch regierte Staaten haben häufigen Ministerwechsel. Die Wahlperioden geben hierzu leicht Anlaß, aber auch innerhalb der Wahlperioden geschieht es. Die Zahl derer, die Minister werden können und wollen, ist größer. Denn der Weg dazu führt durchs Parlament. In Deutschland wechseln die Ministerien seltener, also sind sie Beamten-, nicht Parteikabinetts.

f) In Deutschland regiert Krone und Bureaukratie, nicht Parteiführerschaft. α. In Deutschland ist die Krone von der Regierung nicht ausgeschaltet. Nicht die Minister, sondern der Fürst selbst regiert; fortlaufend wird ihm Vortrag gehalten. Tritt ein Thronwechsel ein, bei dem ein König mit anderen politischen Neigungen als denen des Kabinetts zur Herrschaft gelangt, so fällt dies im Staate mit Parlamentsregierung nicht schwer ins Gewicht. Ueber die politische Richtung des Kabinetts entscheidet nicht der König, sondern das Volk. Dieses, nicht der König sucht den Ministerpräsidenten aus. Der Monarch hat höchstens in der Hand, einen ihm persönlich unangenehmen Kandidaten für einen an zweiter Stelle stehenden Ministerposten abzulehnen und ihn durch einen anderen der gleichen Parteirichtung zu ersetzen. In Deutschland vollzieht sich in solchen Fällen ein durchgreifender Wechsel im Ministerium. Lange war es keine ausgemachte Sache, ob Kronprinz Friedrich, wenn er Kaiser wird, Bismarck halten würde oder nicht. Erst seit 1885 bestand darüber Gewißheit [23]). β. Im parlamentarisch regierten Staate werden Minister Leute, deren Parteistellung man kennt. In den deutschen Staaten gilt es geradezu als Empfehlung für den Ministerkandidaten, daß er parteipolitisch ein unbeschriebenes Blatt ist. γ. In der parlamentarisch regierten Monarchie gilt in praxi als Chef des Heeres, der Gesandten usw. der Ressortminister, nicht der Staatschef. δ. Selten kommt vor, daß das Staatshaupt Minister wider ihren Willen abberuft. Sie geben ihre Demission. Die Parteiführer sind die Könige. In Deutsch-

[23]) Seitdem war eine feste öffentliche Meinung für den Dreibund.



land erhalten die Minister häufig ihren Abschied. In Parlamentsmonarchien liegen die Gründe des Ministerwechsels offen da. Regelmäßig sind sie die Folgen von Mehrheitsveränderungen, die in öffentlichen Abstimmungen zutage treten. In den deutschen Staaten bleiben die Gründe des Ministerwechsels häufig unbekannt, weil das Verfahren innerhalb der Regierung ein geheimes ist. Also gilt nicht Parlamentsherrschaft.

g) Zum Wesen des Parteiministeriums gehört, daß es mit den Parteien engste Fühlung hält. Für den Minister königlichen Vertrauens sollen nicht Meinung und Interessen der Parteien, sondern die Sache, das Geschäft die oberste Richtschnur sein. Die deutschen Ministerien streben darnach. Sie sind Geschäftsministerien. Sie suchen zumeist von den Parteien im rechten Abstand zu stehen.

h) Endlich bestätigen die Charakterisierungen, welche die Parteien dem Verhältnis von Regierung und Parlament geben, daß nicht das System der parlamentarischen Exekutive herrscht.

Die Parlamentsminderheit nennt die Regierung schwach, wenn sie der Mehrheit, und das Parlament schwach, wenn es der Regierung nachgibt. Flugs wird dort von Partei-, hier von absoluter Regierung gesprochen. Beides kann nicht richtig sein, die Regierung nicht zugleich unter und über dem Parlamente stehen. Nach der einen wie nach der anderen Seite ist übertrieben. Die Wahrheit liegt in der Mitte.

§ 6.

I. *Immerhin besitzen die deutschen Parlamente heute mehr Gewalt, als ihnen von Rechts wegen zukommt. Nach der Verfassung haben sie tätigen Anteil nur an dem, was die konstitutionelle Doktrin Legislativgewalt nennt (Gesetzgebung, Budget- und Schuldenwesen). In Wirklichkeit besitzen sie auch Einfluß auf die verfassungsrechtlich dem Staatshaupte vorbehaltene Exekutive. Es besteht nicht parlamentarische Exekutive im technischen Sinne, parlamentarische Alleinregierung, aber parlamentarische Halb-, Mit-, Neben-Regierung, Mitherrschaft auch in der Verwaltung. Der Mehrheit (wegen anderer Religion oder politischer Anschauung usw.) nicht genehme Leute schneiden z. B. bei Anstellung, Versetzung, Beförderung und ähnlichem schlechter ab, als ihre Anhänger.*

Die deutschen Verfassungen haben versucht, das große Problem der Vereinigung von monarchischer Ordnung und

völkischer Freiheit, von Heteronomie und Autonomie des Volkes zu lösen. Sie wollen ein Nebeneinander von Fürsten- und Volkssouveränität. Dazu gehört Zusammenwirken, Verständigung.

Bei Kabinettsregierung ist solche Verständigung nicht erforderlich. Hier kann es sich nur um Verständigung unter den Parteien handeln. Aber auch dies ist bloß notwendig, wenn die Regierung Kabinettsregierung ist [24]). Keinen Zufall bildet, daß es in Parlamentsstaaten leichter zu beweglichen (quotisierten) d. h. in ihrer Höhe nach dem Jahresbedarfe wechselnden Steuern kommt. Die Mehrheitspartei kann hier nicht heute als Regierungs-, morgen als Oppositionspartei auftreten. Im monarchisch regierten Staatswesen wäre jedes Jahr eine Verständigung zwischen Regierung und Parlament nötig und damit Anlaß zu Kampf und Reibung gegeben.

Zum Wesen jedes Verfassungsstaates gehört Kompromiß, zum Wesen des konstitutionell regierten Kompromiß zwischen Parlament und Regierung. Mit Recht schmückt die Fassade des Landtagshauses zu Helsingfors der taciteische Sinnspruch: Concordia res parvae crescunt, discordia maximae dilabuntur. Das Wachstum des Staatslebens beruht auf Kompromiß. Der deutsche Staat schreitet mächtig vorwärts. Somit bedarf er vieler Kompromisse. Für die neuen Gesetze, Ausgaben und Einnahmen verlangen die Kammern daher Gegenleistungen. Sie fordern noch andere Gesetze, andere Ausgaben, andere Einnahmen. Aber das Feld genügt nicht. Sie wollen Entgegenkommen auch auf dem Gebiete der Verwaltung, Berücksichtigung ihrer Wünsche in Verwaltungssachen. So ist mit dem Wesen der fortschreitenden Verfassungsmonarchie nicht nur Mitherrschaft in der Gesetzgebung, sondern auch in der Verwaltung gegeben. Ohne Berücksichtigung der Wünsche des Parlaments in Gesetzgebung und Verwaltung ist ein Fortschritt unmöglich.

II. Wer mehr nachgibt, ist Frage des einzelnen Falles. In dem Mitregierungsrecht gibt es *Abstufungen*.

A) Zwei Punkte sind entscheidend, ob die Parlamentsmehrheit geschlossen und ob die Regierung kampfbereit ist.

1. Je größer und in sich gefestigt die Mehrheit ist, um so mehr ist der Minister auf das Vertrauen des Parlaments angewiesen, um so mehr muß er deshalb Zugeständnisse machen. Je weniger es der Fall ist, die Mehrheit also eine Koalitionsmehrheit ist, um so zurückhaltender kann der Minister im

[24]) Rehm, Allg. Staatslehre, bei Goeschen 1907, § 20.



Entgegenkommen sein; denn er hat leichter[25]) die Möglichkeit, eine andere Mehrheit zu finden[26]).

2. Zweckmäßig, also ein Gebot der Politik ist, daß die Regierung kämpft. Sie verliert sonst an Freiheit. Nach der Verfassung hat sie die Verwaltung zu freiem Ermessen. Dem entspricht, daß sie sich darin nicht zu sehr selbst bindet. Nicht um ihrer selbst willen, sondern weil wenige unparteiischer verwalten als viele. Je größer die Zahl der Teilnehmer, um so geringer das Verantwortungsgefühl und daher um so beträchtlicher die Gefahr parteiischer, also selbstsüchtiger Handhabung der Macht. Die Regierung soll nicht dem politischen Schacher Vorschub leisten. Je stärker die Mehrheit ist, um so mehr wächst die Versuchung, politischen Schacher (»Kuhhandel«) zu treiben d. h. Bedingungen im egoistischen (Partei-)Interesse zu stellen. Damit steht aber das parlamentarische Regierungssystem vor der Türe. Denn bei diesem gehört die Gefahr der Verderbnis zum Wesen, da es alle Kontrolle ausscheidet. Gewiß existiert auch beim monarchischen Regierungssysteme die Möglichkeit der Ausbeutung. Aber immer handelt es sich hier um Egoismus Weniger, des Herrschers, des Hofes, der Regierung. Hier dagegen sind viele Ausbeuter denkbar. Die Parlamentsmehrheiten können nicht die Minister und die Minister nicht ihre Abgeordneten kontrollieren. Denn es wäre Kritik der eigenen Partei und die könnte ihr schaden. Das Parlament läßt die Minister (Parteiführer) gewähren, weil eine Ministerkrisis die Opposition zur Herrschaft bringen kann, und der Minister muß den Mitgliedern seiner Fraktion draußen im Lande Einfluß lassen, sonst verliert die Partei den Anhang der Wählerschaft. Neben dem einen großen unkontrollierten Herrscher, der Regierung, gibt's viele kleine in den Wahlkreisen.

1909 wurde in der französischen Marine durch den Rechnungshof Mißwirtschaft aufgedeckt: z. B. nichtbudgetmäßige Verwendung von Staatsgeldern zu repräsentativen Einladungen; die Kammer aber rührte nicht

---

[25]) Hintze, Preuß. Jahrb. 144, 402 meint dagegen, wenn die Regierung die Majorität erst künstlich bilden müsse, so komme sie leicht in Gefahr, in ihren Konzessionen zu weit zu gehen.

[26]) Beispiele die Krisen des Bülow-Blockes am 4. XII. 08 und 26. II. 09: Entweder ihr folgt mir oder ihr gelangt unter die Herrschaft anderer Parteien.

daran. Der Abgeordnete verlangt von den Lokalbeamten Begünstigung seiner Wählerschaft: der Minister schreitet nicht ein.

Um diese Nachteile, die Gefahr der Vernichtung des monarchischen durch das parlamentarische Regierungssystem abzuwenden, muß die Regierung daher mit Nachgiebigkeit um so sparsamer sein, je größer die Mehrheit ist. Ein Beamtenministerium, das den Parlamentswünschen fortwährend nachgibt, ohne daß hinter der Volksvertretung das ganze Volk geschlossen steht, eine monarchische Regierung, die den Auflösungskampf mit dem Parlamente ohne Not scheut, den Grundsatz »nur keine inneren Krisen« über alles stellt, verletzt ihre politische Pflicht. Ein großer Fehler wird begangen, falls ein Minister, der den Kampf zugunsten des monarchischen Prinzips mit der allzu begehrlichen Mehrheit aufnehmen will, bei der Krone und seinen Kollegen nicht die erforderliche Unterstützung findet und dadurch zum Rücktritte gezwungen wird. Wenn trotzdem nicht gar zu große Parteilichkeit eintritt, so liegt der Grund hiefür darin, daß der Minister heute mehr vor der öffentlichen Meinung als vor den Kammern verantwortlich ist und daher durch diese Verantwortlichkeit von allzu weitgehender Nachgiebigkeit abgehalten wird.

B) Die Abstufungen im Mitregierungsrechte entsprechen solchen in der parlamentarischen Monarchie. Auch da hängt es von der Art der Parteimehrheit und der Persönlichkeiten ab, ob mehr die Führung (das Kabinett) oder die Partei (das Parlament) regiert.

Wenn die Mehrheit stark und einheitlich ist und gar noch im Oberhause die Majorität besitzt, dann ist die Partei mächtiger, sie riskiert beim Sturz des Ministeriums nicht die Herrschaft. Wenn sie knapp oder zusammengesetzt ist, dekretiert eine Ministeroligarchie dem Parlament ihren Willen. Es besteht Parlamentsregierung dann nur in dem Sinne, daß nicht das Staatshaupt die Exekutive leitet, nicht in dem, daß das Parlament regiert.

Wer hat 1899 in England den Burenkrieg gewollt? Nicht die Krone, nicht das Volk, keine der Parteien beider Häuser, selbst nicht der konservative Premier (Salisbury), sondern der starke Mann im regierenden Parteiausschuß, Chamberlain. März 1906 war das Ministerium Rouvier durch eine Koalition der Monarchisten (Legitimisten, Orleanisten, Bonapartisten)



und der Revolutionäre, also durch eine Verbindung der äußersten Rechten und Linken gestützt. Keine der beiden Parteien war stark genug, für sich die Mehrheit zu übernehmen, beide zusammen konnten aber eine stürzen. Um ihre Herrschaft nicht zu gefährden, hat die Parlamentsmehrheit 1908 dem Ministerium Clemenceau trotz seiner gewagten Marokkopolitik das Vertrauen gehalten.

III. Ein weiterer Unterschied betrifft nicht den Grad der Mitregierung des Parlaments als solcher, sondern den Grad des Anteils, den die einzelnen Parteien an diesem Mitregiment besitzen. Es gibt einflußreichere und weniger einflußreiche unter den Regierungsparteien, bevorzugte und weniger bevorzugte Mitherrscher.

§ 7.

Wenn in den deutschen Staaten auch keine Herrschaft der Parteien über die Regierung besteht, so ist damit nicht gesagt, dass die Parteien überhaupt keine Herrschaft besitzen. In jedem Verfassungsstaate gibt es herrschende Parteien. Aber was sie beherrschen, sind im monarchisch regierten Verfassungsstaate nur die anderen Parteien, nicht die Regierungen. Eine Partei überstimmt die andere. Darin liegt Herrschaft.

Die Verschiedenheit der beiden Verhältnisse wird von der parteipolitischen Agitation und Kritik, aber auch von der parteipolitisch gerichteten Wissenschaft (Gneist) oft übersehen. Sie tun es, wenn nicht die eigene, sondern die gegnerische Partei großen Einfluß auf die Regierung besitzt[27]).

In antikonservativen Kreisen wurde und wird gesagt, in Preußen habe 1850—59 konservative Parteiregierung bestanden. Selbst GNEIST hat dies geäußert. Allein das ist ebenso unrichtig, wie die Behauptung der Konservativen, 1859—62 hätten in Preußen die Liberalen regiert. Es wurden 1850—59 die Liberalen von den Konservativen und 1859—62 die letzteren von den ersteren regiert, aber es haben weder die Konservativen in der einen noch die Liberalen in der anderen Periode die Regierung regiert[28]). Auch in der Reaktionszeit haben in Preußen nicht Parlamentarier, sondern der König selbst regiert. Und so wenig der Prinz von Preußen ein liberaler Prinz war, war das Ministerium Hohenzollern ein liberales. Der Unterschied gegen vorher war nur, daß an die Stelle einer ultra- eine gemäßigt-konservative Regierung trat.

---

[27]) REHM, Deutschlands politische Parteien 1912, § 18.
[28]) S. auch HINTZE, Preuß. Jahrb. 144, 397 u. 403.



Daraus, daß eine Partei im Parlamente herrscht, folgt nicht, daß sie auch im Staate, über die Regierung herrscht, sondern nur, daß sie den größten Einfluß auf die Regierung besitzt. In der Volksvertretung herrscht notwendig Parteiregiment, aber nicht im Staate. Die stärkste Partei im Parlament regiert mit, weil die Regierung naturgemäß auf sie sich stützt, mit ihr sich verständigt.

Es führt zur Unklarheit der Begriffe, wenn man deswegen, weil die konservative Partei in Preußen die einflußreichste Partei ist, von einem konservativen Parteiregiment in Preußen spricht. Das träfe nur zu, soferne die Minister in erster Linie Vertrauensleute der konservativen Partei und nicht des Monarchen wären. Keine Partei nennt es Parteiregiment, sondern Verständigung, wenn die Regierung mit ihr zusammengeht. Daher liegt auch bei Entgegenkommen der Regierung gegen eine andere Partei nur Koordination, ein Mit-, aber nicht ein Alleinherrschen der Partei vor. Zum technischen Begriffe parlamentarische Regierung gehört Allein-, nicht nur Mit-Regierung.

4. Die politische Verfassungsform des Reiches.

§ 8.

I. So sehr das Verfassungswesen des Reiches rechtlich von dem des Gliedstaates abweicht, so ähnlich sind sich die Verfassungsformen von Gesamt- und Einzelstaat politisch. Die Unterschiede, die dort bestehen, verschwinden hier. Rechtlich sind die zwei Hauptgegensätze: der Kaiser ist kein Reichshaupt aus eigenem Recht. Er handelt nicht unmittelbar im Namen des Staates, sondern im Namen der verbündeten Regierungen; diese, die Bundesfürsten und Senate der freien Städte, sind die unmittelbaren Träger der Reichsgewalt [29]. Und dann ist im Gegensatze zum Gliedstaate die Exekutive im subjektiven Sinne geteilt. Es gibt zwei oberste Exekutivorgane, Kaiser und Bundesrat. Beide zusammen stellen das dar, was im Gliedstaatswesen Staatsoberhaupt heißt. Politisch sind diese Unterschiede bedeutungslos. Politisch kommt es nicht darauf an, in wessen Namen das Staatshaupt regiert,

[29]) S. meinen Art. „Reichstag“ in FLEISCHMANNS WB. des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts Bd. 3 (1914) S. 292.



sondern ob es regiert; und der Kaiser regiert. Und politisch gibt es keine doppelte Reichsleitung, weil vom Standpunkte der tatsächlichen Macht aus besehen der Bundesrat kein leitendes, sondern ein verwaltendes Exekutivorgan ist [30]. Von Anfang an fehlte ihm die Eigenschaft, politisch ausschlaggebend zu sein, und diese Machtunterlegenheit hat sich im Laufe der Zeit noch gesteigert. Sie kommt sogar im Inhalt der Reichsgesetzgebung zum Ausdruck. Wenn die Reichsgesetzgebung früher beim Vollzuge ein Zusammenwirken beider Exekutiven wollte, so wurden Bundesrat und Kaiser dazu berufen. Später wurde der Reichskanzler, also ein Organ nur von Ministerialrang, für mitwirkungsberechtigt erklärt und zwar sogar auch in der Form, daß von ihm der Erlaß ausgeht und der Bundesrat nur zustimmt. Das Reichsbank-Gesetz von 1875 z. B. bestimmt noch: die Reichsbank-Satzung wird vom Kaiser im Einvernehmen mit dem Bundesrate erlassen. Nach dem Auswanderungsgesetze von 1897 ist für Erteilen, Versagen, Beschränken und Entziehen der Auswanderungsunternehmerkonzession der »Reichskanzler mit Zustimmung des Bundesrates« zuständig.

A) Zu viel wäre gesagt, würde man wegen dieser bloßen Verwaltungsstellung des Bundesrates behaupten, es fehle im Reiche an einem bündischen Machtfaktor überhaupt. Er ist noch vorhanden in den Dynastien und Ministerien der fünf deutschen Mittelstaaten. Sie sind noch politische Faktoren. Nur die deutschen Kleinstaaten haben politisch aufgehört, Staaten zu sein. Durch Konventionen aller Art sind sie politisch in Preußen aufgegangen.

Allein deswegen, weil ein bündischer Machtfaktor noch existiert, läßt sich nicht vertreten, das Reich sei auch politisch noch Bundesstaat. Preußen ist nicht Vor- oder Führer-Staat in einem Bunde. Die politische Macht des preußischen Landtags und des preußischen Staatsministeriums in Reichssachen ist größer als die der mittelstaatlichen Dynastien und Ministerien. Der preußische Landtag fungiert im Reich als Oberkammer und das preußische Staatsministerium als zweites Reichsministerium. Wir können politisch nur reden von einem deutschen Staate mit föderativer Beigabe.

[30]) S. Laband in DJZ. 16, 1 ff., Rosenthal, Die Reichsregierung 1911, S. 50 ff.



B) Voreilig wäre von hier aus ohne weiteres zu schließen, das Deutsche Reich sei politisch Einheitsstaat. Wohl sind Kaisertum und preußisches Königtum miteinander zu Einer gewaltigen tatsächlichen Größe verbunden, aber doch nicht so, daß diese Größe unitarischen Wesens wäre. Preußen hat, weil König- und Kaisertum in Einer Hand vereinigt sind, nicht aufgehört, politisch Staat zu sein. Die preußische Königstellung ist keineswegs eine Zugabe zum Kaisertum geworden, sondern umgekehrt: das Kaisertum ist auch politisch geblieben, was es politisch von Anfang an war: eine Zutat zum preußischen Königtum. In ihm wurzelt es; aus ihm nimmt es seine Kraft; der beste Beweis dafür die Tatsache, daß selbst heute der preußische Kriegsminister sich noch nicht in den Staatssekretär eines Reichskriegsamtes verwandelt hat [31]). Das Kaisertum ist kein föderales, aber auch kein zentrales, sondern ein dezentrales politisches Organ; es spricht nicht für das Vorhandensein eines Einheitsstaates, sondern eines Staatenstaates, in dem ein Teilstaat über den anderen steht; Preußen der Ober-, die anderen die Unterstaaten eines Staatensystems; Preußen schützend und darum herrschend, die Mittelstaaten geschützt und darum beherrscht, an Preußen angelehnt; Preußen der »starke Träger des Reiches«, wie die Thronrede vom 13. I. 1916 es ausdrückt; das Reich nicht Bundes-, sondern preußischer Herrschaftsstaat.

C) Aber der Annahme eines solchen dezentralisierten Staates steht wieder das Vorhandensein des Reichstages entgegen. Er ist politisch Einheitsorgan. In ihm gibt es keine Preußenpartei. Jeder Preußenbund hat sich bisher nicht als lebensfähig erwiesen. Und so ist die Frage nach der politischen Natur des Reiches letzten Endes eine Frage nach dem Kräfteverhältnis zwischen preußischem Königtum und deutschem Reichstage und damit zwischen Monarchie und Demokratie. Der Reichstag strebt nach Unitarismus in der Regel nicht um des Unitarismus, sondern um der Parlamentsherrschaft willen und ebenso vertritt das preußische Königtum

[31]) Ein anderer schlagender Beweis: seit langem ist es Verwaltungsgrundsatz, seit 1912 sogar Verwaltungsvorschrift, daß Präsidialvorlagen an den Bundesrat erst gelangen, wenn das preußische Staatsministerium ihnen zustimmt (Delbrück im Reichstage 16. I. 13 und dazu Bethmann Hollweg im Herrenhause 10. I. 14).

Dezentralisation im letzten Grunde nicht um ihrer selbst, sondern um der Monarchie willen. Die politische Endfrage lautet deshalb: wie stehen preußisches Königtum und Reichstag zueinander? steht der Reichstag über dem Königtum oder das Königtum über dem Parlamentarismus oder halten sich Königs- und Volksherrschaft die Wage?

Die Antwort ist dieselbe, wie beim deutschen Gliedstaate. Preußisches Königtum und deutscher Reichstag sind sich gleichwertige Faktoren. Auch politisch herrscht im Reiche gemäßigter Konstitutionalismus. Der Reichstag teilt die Herrschaft mit dem preußischen Könige. Sein Minister in Reichssachen, der Kanzler, ist den Parteien gleich geordnet. Die kaiserliche Regierung steht nicht über den Parteien in dem Sinne, daß sie den Reichstag beherrschte. Trotz seiner Zerspaltung in mehr als ein Halbdutzend Parteien von Anfang an, ist er politisch nicht schwach. Die Reichsleitung muß um jede wichtige Maßregel und jede neue Einrichtung, also ständig mit ihm kämpfen[32]. Ebensowenig aber steht die kaiserliche Regierung unter den Parteien. Wäre der Reichstag dem König von Preußen tatsächlich überlegen, so würde er bestimmen, wer Kanzler und Staatssekretär sein soll. Die RV. ist rechtlich nicht auf reichstägliche Regierung angelegt, schon deswegen nicht, weil sie verbietet, daß ein Reichstagsabgeordneter Reichskanzler sein kann. Aber auch tatsächlich hat sich kein Parlamentsregiment entwickelt. Im Kanzlerwechsel von 1909 liegt nichts von parlamentarischer Regierung. Bülow trat zurück, weil er zur Fortsetzung seiner auch liberale Forderungen berücksichtigenden Politik nicht mehr des Vertrauens der Krone sicher war, zu einem anderen Programme sich aber nicht entschließen konnte. Im Verhältnis zu den Parteien schied der Blockkanzler freiwillig aus. Sonst wäre nicht möglich gewesen, daß sein Nachfolger der Mann wurde, der nächst Bülow das größte Vertrauen der alten Mehrheit besessen hatte. Gälte im Reiche Parteiregierung, so müßten auch schon ihre Mängel (Partei- und Kabinettsabsolutismus; Mangel einer Kontrolle über die Regierung) und das Bedürfnis einer Gegenwehr (Volksreferendum, Volksanregung, Kaiserreferendum) hervorgetreten sein. Davon abgesehen konnte das System parlamentarischer Exekutive wegen der

[32]) LABAND, J. Oeffl. R. 1, 28.

Verbindung mit Preußen nicht entstehen. Der Gegensatz zwischen dem Reichs- und dem preußischen Parlament macht unmöglich, daß der leitende Staatsmann durch eines der beiden Parlamente bestimmt wird. Und schließlich kommt hinzu, daß es den Parteien bisher auch an der Bereitwilligkeit gefehlt hat, die Minister zu stellen. Denn die erste Voraussetzung hiefür wäre, daß sie sich über ein Regierungsprogramm verständigen. Somit bleibt Gleichwertigkeit von Reichstag und Reichsregierung. Anders ausgedrückt: das Reich ist nur halb Einheitsstaat; zur anderen Hälfte ist es Suzeränitätsstaat (mit bundesstaatlichem Einschlag). Das Deutsche Reich ist politisch in der Hauptsache ein Bund des preußischen Königtums mit dem deutschen Volke.

II. So das politische Wesen des Reiches. Anders, was das Verhältnis der verbündeten Regierungen zueinander angeht, die politische Praxis. Preußen verkehrt und verhandelt mit allen anderen Regierungen, auch den kleinsten, wie wenn sie völlig gleichstehen würden, daher so, wie wenn ihre Souveränität noch vorhanden, demgemäß das Reich ein bloßer und zwar reiner Staatenbund wäre. Preußen sucht vor der Abstimmung im Bundesrate mit allen Regierungen sich zu verständigen. Und dieses Entgegenkommen vergelten die anderen Staaten mit gleichem Verhalten. In allen großen Fragen vermeiden sie ein Ueberstimmen Preußens im Bundesrate. Fast ausnahmslos werden die Beschlüsse in großen Dingen einstimmig gefaßt. Kein Teil versucht Machtproben. Dies aber beweist, daß das Deutsche Reich im letzten Grunde nicht eine politische, sondern eine moralische Verbindung ist. Das Deutsche Reich ist in letzter Ursache ein Gesinnungsbund; alle Teile, der größte und der kleinste, lassen sich in erster Linie vom gemeinsamen, vom nationalen Interesse leiten; alle Regierungen treiben nicht Sonder-, sondern deutsche Politik.

III. Ueberblicken wir zum Schlusse deutschen Einzel- und deutschen Gesamtstaat gemeinsam, so ergibt sich für die politische Betrachtung die Erwägung: indem im deutschen Staatswesen die Herrschaft zwischen Fürst und Volk geteilt ist, besitzt es die für kulturell entwickelte Völker zweckmäßigste Staatsform. Denn diese Staatsform ist die gemischte: weder allein Monarchie noch allein Demokratie, sondern Einherr-

schaft gemäßigt durch Demokratie und Volksherrschaft gemäßigt durch Monarchie; nicht das eine oder das andere, sondern das eine und das andere; das Volk nicht nur regierend (autonom), sondern auch regiert (heteronom). Wenn das Volk die Selbstsucht des Herrschers und der Herrscher die des Volkes hindert, dann ist der richtige Ausgleich zwischen Ordnung und Freiheit vorhanden. Verfassungs- und Königtum, das ist die dauerhafteste Staatsform.

Diese Verbindung gibt dem deutschen Verfassungsstaate seine überlegene Kraft. Ihr verdankt es Deutschland mit, daß es als Staat auch jetzt gegen die halbe Welt siegreich kämpft.



Verwaltungsrechtliche Gedanken.

Von

Robert Piloty,

Professor an der Universität Würzburg.



1. Krieg und Verwaltungsrecht.

Die Verwaltung als die Pflegerin der öffentlichen Bedürfnisse ist immer bestrebt, alle anderen Einflüsse als die ihr eigentümlichen Grundsätze der Zweckmäßigkeit von sich fernzuhalten. Insofern liegt in ihr ein unausrottbares Element von Absolutismus (Willkür). Darin nun, daß sowohl der Krieg als auch das Verwaltungsrecht die normalen Kreise der Verwaltung stört oder durchschneidet, sind jene beiden ewig Geschiedenen doch in diesem Falle Verbündete. Der Krieg stört die Verwaltung durch die außerordentliche Natur seiner Verhältnisse, das Verwaltungsrecht durchschneidet die erstrebte Willkür der Verwaltung mit der zwingenden Schärfe seiner gebietenden und verbietenden Normen. Zwischen Krieg und Verwaltungsrecht also beengt, gelangt die Verwaltung erst recht zur Erkenntnis ihres obersten Daseinsgrundsatzes. Aus der zwingenden Not des Krieges macht sie sich selbst eine Tugend. Nie ist sie so erfinderisch in der strengsten Auswahl der zweckmäßigsten Formen und Mittel, nie so unerbittlich gegen alle überlieferten oder normierten Ueberflüssigkeiten und Verkehrtheiten, die ihr etwa anhaften, als im Krieg. Dem Verwaltungsrecht gegenüber bewahrt sie schon im Frieden, der übrigens für die Verwaltung niemals ein absoluter ist, einen bösen Blick. Die hemmende, verbietende Rechtsnorm wird durch die Verwaltung täglich neu kontrolliert, auf ihre Zweckmäßigkeit hin geprüft und auf die ermächtigende Rechtsnorm, die ihr das grundsätzlich verbotene »Einschreiten« nur ausnahmsweise gestattet, übt sie beständig einen sanften Druck, der nach der Richtung der Erweiterung ihrer Vollmachten und nach immer größeren Entlastungen hindrängt. So finden wir die Verwaltung im Bereiche des Verwaltungsrechtes keineswegs als jenen Musterknaben von konstitutionellem Gehorsam und vorbild-

licher Gefügigkeit, wie sie es zur Erziehung des »guten Bürgers« sein sollte, sondern wir hören beständig ihr unterirdisches Hämmern, wodurch sie sich die ungefüge Rechtsnorm »zurecht richtet«, natürlich nach ihren Zwecken, wir finden sie, vor den Richter gestellt, als eine oft recht unnachgiebige Partei und wir beobachten endlich, wie sie, sobald sie ihr Interesse vom Richter nicht verstanden oder gewahrt glaubt, die starke Hand flugs an die Klinke der Gesetzgebung zu legen versteht. Der Staatsanwalt am Verwaltungsgerichtshof erhält Weisungen durch die Ministerien der Verwaltung, die Richter des Verwaltungsgerichtshofes entspringen der Verwaltung und — springen wieder zu ihr zurück, in den Ministerien entstehen die Entwürfe der Verwaltungsgesetze und der gleiche Mann, der als Minister an der Entstehung des Gesetzes mitwirkt, entwirft oder erläßt sogar die Verordnungen zu seiner Ausführung und trägt nicht nur die Verantwortung für ihre Rechtmäßigkeit sondern auch für ihre Zweckmäßigkeit. Daher die von der Erfahrung bestätigte Anschauung, daß das Verwaltungsrecht aus der Verwaltung stamme, daß es zum sehr erheblichen Teil gar nichts anderes sei als eine selbstgefertigte innere Ordnung der Verwaltung, daher auch der Wunsch der Verwaltung, die wichtigen Grundsätze und Regeln der Organisation dem Gesetze so wenig als möglich anzuvertrauen. Es zeigt sich allenthalben das so mannigfaltig und unaufhörlich wahrnehmbare Bestreben der Verwaltung, sich absolut, d. h. vom Rechte ungehemmt und frei in der Selbstbestimmung ihrer Zwecke und Mittel zu erhalten — selbst im Frieden. Geradezu kritisch aber wird die Lage des Verwaltungsrechts im Kriege. Eines einzigen Bedrängers, als welchen die Verwaltung das Verwaltungsrecht auch im Frieden erachtet, sich nach ihrem Nutzen zu erwehren, darin hat sie Uebung, daran hat sie sich gewöhnt und gestählt, das ist ihr schon beinahe zur »zweiten Natur« oder um es philosophisch auszudrücken, zum »erworbenen Charakter« geworden. Sieht sie sich aber nun gar durch den außerordentlichen Zustand des Krieges auch von der anderen Seite bedrängt und ganz plötzlich in ein förmliches System von Notlagen versetzt, so ist das erste was sie tut, um sich der gegebenen Notwendigkeit anzupassen, daß sie dem Friedensbedränger Verwaltungsrecht den Rücken kehrt, um das Maß von Freiheiten zu usurpieren, dessen sie



gegenüber dem härteren und stärkeren Bedränger Krieg bedarf. Bis zu einem gewissen Grade ist das Verwaltungsrecht auf diesen Fall vorbereitet. Auch erteilt es schon in Friedenszeiten für den außerordentlichen Fall außerordentliche Ermächtigungen an die Verwaltung. Darüber hinaus aber wird die Verwaltung durch die Gesetzgebung ad hoc mit einem Kriegspanzer von außerordentlichen Vollmachten ausgerüstet und es beginnt jenes kraftvolle Wirken, in welchem die Verwaltung, in den Dienst des Krieges gestellt, selbst die Bühne der Kriegstaten besteigt oder doch hinter den Koulissen an der Leitung der Regie teilnimmt. Das Verwaltungsrecht bleibt formell in Geltung, rückt aber materiell in den Ruhestand und fristet in Aktenschränken und auf verlassenen Lehrstühlen ein zumeist zuwartendes Dasein.

2. Zur Systematik des Verwaltungsrechtes.

Systematische Gesichtspunkte lieferten zuerst und ungefähr gleichzeitig das Verfassungsrecht einerseits und die Verwaltungslehre andrerseits. Von dorther erwies die Lehre von der Trennung der Gewalten sich als fruchtbar; es traten hervor einerseits die Gegensätze Justiz und Verwaltung und wieder ihr Gemeinsames im Gegensatz zur Gesetzgebung, andrerseits der Gegensatz von Organisation und Funktion. Das Verfassungsrecht gab dem Subjekt der Verwaltung die Voraussetzungen und Merkmale seiner rechtlichen Handlungsfähigkeit und entwickelte selbst die allgemeinen Umrisse eines Funktionsrechtes entsprechend den obersten Bedürfnissen des Staates: législation, jurisdiction, militaire, haute police, impôt. Aus den beiden letzteren erwuchs in vielfacher Verzweigung und Verflachung das ganze »moderne Verwaltungsrecht«. Die Verwaltungslehre klärte die Ziele und lieferte Grundsätze und Gedanken. Man gliederte naiv und richtig nach den Zwecken. Die älteren Disziplinen des Rechtes, Zivilrecht, Strafrecht, Prozeß standen kopfschüttelnd bei Seite und vermißten das formale Element im Verwaltungsrecht: Massen von Rechtsstoff aber keine Rechtswissenschaft, bloße Gesetzesbeschreibung oder -abschreibung, alles Politik und wieder Politik. Neuerdings wurden Brücken geschlagen. Die Fülle des jugendlichen Stoffes zog selbst einige Meister der alten Disziplinen an, man verglich und fand Uebereinstimmungen zwischen manchen Formen

des Neuen und manchen alten Formen, der Gedanke einer allgemeinen, auch das Verwaltungsrecht umfassenden Rechtslehre fand Boden und erwuchs sogar zu dem Programmsatz einer Kodifikation dieser Lehre. Noch immer herrscht vor die Gliederung in Organisation und Funktion, noch immer beugen sich die verfassungsrechtlichen Grundsätze und Lehren nicht vor den zivilistischen Ergebnissen des Personen- und Korporationsrechtes und noch immer findet sich im »besonderen«, von den Funktionen handelnden Teil des Verwaltungsrechtes jene der Verwaltungslehre entstammende Gliederung nach Zwecken. Mit einer vorsichtigen Zurückhaltung von beiden Seiten wird das Werk des Brückenschlagens fortgesetzt. Die Verwaltungsrechtslehre sieht sich außerstand, gewisse ganz allgemeine Gliederungsgrundsätze des Zivil- oder Strafrechtes zu übernehmen. Sie kann ihre Bereiche: Sicherheitspolizei, Gewerbepolizei, Landwirtschaftsrecht, Eisenbahnverwaltungsrecht, Schulrecht, Gesundheitspolizei, Arbeiterversicherung usw. schlechterdings nicht nach den zivilistischen Kategorien: Personenrecht, Sachenrecht, Schuldverhältnisse, Erbrecht usw., oder gar nach den Verbrechensgruppen oder den Schuldarten des Strafrechtes systematisieren. Auch die beiden Prozesse des Zivil- und Strafrechtes eignen sich höchstens zu Anleihen für die Grundsätze des Verfahrens des Verwaltungsrechtes, aber nicht zu systematischer Bewältigung des materiellen Verwaltungsrechtes.

Das neueste Stadium der Forschung ist gekennzeichnet durch die Bemühungen, daß man sich in einem gemeinsamen »allgemeinen Teil« finde. Hierher gehören vor allem die bedeutsamen Forschungen Otto Mayers, Friedrich Oetkers, Karl Kormanns, Walter Jellineks. Im Mittelpunkte dieser Betrachtungen befindet sich die Verwaltungsverfügung. Von zwei ihr fremden Seiten her wird sie auf ihre allgemeinsystematische Bestimmbarkeit hin geprüft: Wie verhält sie sich zum richterlichen Urteil und sonstigen »richterlichen Handlungen«? wie zum bürgerlichen Rechtsgeschäft? Manches Brauchbare wurde dabei schon gefunden, manches verspricht noch gefunden zu werden, manchmal wurde der Verwaltungsverfügung zivilistisch schon Gewalt angetan. Die Besorgnis ist begründet, daß die Verwaltungsverfügung mißverstanden werden könnte, wenn der Gesichtspunkt ihrer Be-

trachtung allzufern von den Zwecken der Verwaltung, allzuausschließlich von der Seite des Rechtes gewählt würde.

Zur Richtigstellung der gewählten Methoden systematischer Betrachtung empfiehlt es sich eingedenk zu bleiben, daß Willensakte, mögen es private oder öffentliche sein, die Bestimmung ihres rechtlichen Wesens, richtiger zunächst nicht von der formalen Seite ihrer Prozedur sondern von der materiellen Seite ihres Zieles her erhalten sollen. Wird dies zugegeben, so drängt sich sogleich eine wichtige Vergleichung auf und zeigt sich alsbald ein weites Auseinanderliegen der Ziele bei Rechtsgeschäften, richterlichen Urteilen und Verwaltungsverfügungen, was dann für die Systematik recht erheblich ins Gewicht fällt.

Schon gleich bei der allgemeinsten Fassung der Ziele kommt man in Verlegenheit. Was ist vom Standpunkte der allgemeinen Rechtslehre betrachtet das gemeinsame Ziel von Rechtsgeschäften, richterlichen Urteilen und Verwaltungsverfügungen? Etwa ein Rechtserfolg? Das wäre gewiß eine recht farblose Charakteristik eines Zieles. Aber nicht einmal dies farblose Etwas ist den drei Willensakten durchaus gemeinsam. Nur das Rechtsgeschäft hat stets einen Rechtserfolg, nämlich die Entstehung von Rechten und Pflichten als Ziel, das richterliche Urteil schon nur dann, wenn sein Streitgegenstand ein Rechtsgeschäft oder Rechtsverhältnis ist. Beim strafgerichtlichen Urteil ist das nicht gegeben. Die Freisprechung begründet weder Rechte noch Pflichten, sondern befreit nur von erwarteter Bestrafung. Das rechtskräftige Straferkenntnis aber legt nicht eigentlich ein Pflicht- sondern ein reines Zwangsverhältnis fest und begründet nur manchmal auch ein Recht. Die Verwaltungsverfügung endlich hat nur ganz ausnahmsweise Rechtserfolge, meist gestaltet sie nur tatsächliche Zustände. Was ist nun damit gewonnen? Uebereinstimmendes ist nur in bescheidenstem Maße zu finden, vielmehr ist das Ergebnis: So weit die Ziele auseinander liegen, soweit sind auch die für die rechtliche Beurteilung maßgebenden Gesichtspunkte der rechtlichen Auffassung von einander verschieden und demnach auch die Systeme von einander geschieden. Damit will nicht gesagt sein, daß es kein einheitliches allgemeines Rechtssystem mit gemeinsamem allgemeinem Teil geben könne. Ein solches besteht schon jetzt





in den Anfängen, aber sein Reifen zur Vollendung wird weniger durch vorschnelle Entdeckung vermeintlicher Uebereinstimmungen als durch gründliche und saubere (= systematische) Entwicklung der einzelnen Rechtsgebiete aus den einem jeden von ihnen eigentümlichen besondern Grundsätzen gefördert. Dabei wird auch in Zukunft das materielle Recht zur Erklärung und Ausbildung des formellen (Verfahren) mehr beitragen als umgekehrt, denn die Formen biegen sich nach den Dingen, nicht umgekehrt. Wie aber der materielle Rechtssatz erst da sein muß, ehe nach ihm Rechtsgeschäfte geschlossen, nach ihm entschieden und über ihn verfügt werden kann, so wird auch in jedem einzelnen Rechtssystem und mehr noch in einem allgemeinen Rechtssystem das Grundsätzliche und der Plan des Systems zuerst aus dem Stoff des materiellen Rechtes gewonnen werden.

3. Die Hauptsache.

Seitdem das öffentliche Recht selbständige wissenschaftliche (= systematische) Behandlung gefunden hat, also etwa seit 150 Jahren, ist diese Behandlung in einem sehr wesentlichen Punkt eine fehlerhafte gewesen. Der Fehler sitzt in der Erfassung des Verhältnisses von Pflicht und Recht und läßt sich in kürzester Formel dahin kennzeichnen, daß stets der Akzent auf das Recht und nicht, wie es sich gehört, auf die Pflicht gelegt wurde. Schon die Bezeichnung unserer Lehre: Rechtslehre, dann Rechtsordnung, Rechtssystem usw. führt irre. Es sollte heißen: Pflichtlehre, Pflichtordnung, Pflichtsystem. Wohl ist man sich bewußt, daß dabei der Begriff »Recht« objektiv gemeint ist, also Rechte und Pflichten gleichmäßig umfassend; allein weshalb geht man dann, sobald die Lehre subjektiv wird und von subjektiven Rechten und Pflichten die Rede ist, nicht zuerst auf die Pflichten und von ihnen erst auf die Rechte über? Geschichtliche, politische und psychologische Gründe lassen sich dafür anführen, aber sie erklären nur, sie rechtfertigen nicht die Umkehrung. Die Verkehrung der Werte ist schon von den Zivilisten begangen worden und bei ihnen zur Tradition geworden: »Jedem Recht entspricht auch eine Pflicht». Es ist diese Wendung schon für das Zivilrecht zu beanstanden. Man sage lieber: »Jeder zivilrechtlichen Pflicht entspricht auch ein zivilrecht-



liches Recht«. Nebenbei bemerkt, ist der Satz weder in der einen noch in der andern Wendung ausnahmslos richtig, nicht einmal im Bereich des Zivilrechtes, noch weniger im Bereich des öffentlichen Rechts.

Hält man einmal bei dem Gedanken an, daß die Pflicht das potius (— natürlich nicht der Zeit nach das prius), das Recht aber das minus sei, daß also der Akzent auf der Pflicht ruhe und das Recht nur der Reflex der Pflicht sei und überträgt man diese Umkehrung von dem Inhalte des einzelnen Rechtsverhältnisses auf alle und schließlich auf die ganze Rechtsordnung und das ganze Rechtssystem, so gewinnt man eine völlig andere Grundanschauung der Dinge. Es ist eine völlige Neuorientierung, die sich daraus ergiebt, ähnlich derjenigen, welche nach Kopernikus eintrat, als erkannt war, daß nicht die Sonne um die Erde sondern diese um jene kreise. Man wird einwenden, es sei doch vollkommen gleichgültig, ob ich sage: »A schulde dem B 100 Mark« oder ob ich sage »B hat von A 100 Mark zu fordern.« Hiegegen ist zu sagen: der Inhalt beider Sätze ist allerdings der gleiche und dennoch ist es nicht gleichgültig, ob ich so oder so sage, ob ich mich also bei der Betrachtung des Verhältnisses auf die Seite des Schuldners oder auf die des Gläubigers stelle. Tue ich das erste, so betone ich die Schuld oder Pflicht, tue ich das andere, so betone ich die Forderung oder das Recht. Welchen Unterschied es macht, ob ich das eine oder andere tue, das wird am deutlichsten im Konkurs. Wer ist hier Hauptperson, der Schuldner oder die Gläubiger? Zweifellos darf nicht entscheiden die wirtschaftliche Uebermacht oder Minderwertigkeit. Vielmehr wird hier der Schuldner nur dadurch zur Hauptperson des ganzen Verhältnisses und Verfahrens, weil bei ihm die Pflicht sitzt. An sein Gewissen und Vermögen wendet sich das Ethos, er hat zu handeln und zu dulden, auf sein Wollen und Können kommt das meiste an, er ist mit all seinem Haben in Anspruch genommen, damit der Mißzustand, in den Ordnung zu bringen ist, beseitigt werde. Nebenpersonen sind die Gläubiger, ihr Haben ist gleichgültig, ihre Forderungen sind nur der Reflex seiner Schuld und bilden nur ein Teilchen ihres Gesamtvermögens. Die Strenge des Rechtes, welche seine erste Eigenschaft ist, erweist sich vor allem am Schuldner. Er kann sich seiner Schuld nicht



nach seinem Willen entziehen, sondern nur durch Haben und Leisten, die Gläubiger können verzichten, er nicht. Es ist sogar das Interesse der Gläubiger, daß der Schuldner Hauptperson sei, denn von seinem Haben hängt durch seine Schuld ihre Befriedigung ab.

Da im Bereiche des »Rechtes der Schuldverhältnisse« diese richtige Betonung so besonders deutlich in die Augen fällt, so wird sie hier ausnahmsweise auch in der Bezeichnung zum Ausdruck gebracht und spricht man nicht vom Recht der Forderungsverhältnisse sondern vom Recht der Schuldverhältnisse. Minder deutlich zeigt sich dasselbe im Sachen-, Familien- und Erbrecht und am wenigsten deutlich gerade da, wo die ganze Vorstellung ihren Sitz hat, nämlich im Personenrecht. Die Rechtsfähigkeit ist vor allem eine Pflichtfähigkeit, besonders in die Augen fallend an den vielgestaltigen Haftungsgrundsätzen der juristischen Personen und Gesellschaften aller Art. Ganz deutlich wird die Sache im Strafrecht, wo Rechtsfähigkeit in Zurechnungsfähigkeit übergeht. Es sperren sich gegen diese richtige Grundvorstellung eigentlich nur das Eigentumsrecht und das Erbrecht. Im Eigentumsrecht ist es der Herr der Sache, der mit seinem Verfügungsrecht im Mittelpunkte der Verhältnisse steht und im Erbrecht setzt sich dies Verhältnis fort. Doch stellt sich auch hier die Sache anders und nach der Regel dar, wenn man beim Eigentum das rechtliche Verhältnis und die wirtschaftliche Macht sauber trennt. Für das rechtliche Verhältnis tritt das Können und Dürfen des Eigentümers hinter dem Nichtdürfen und Nichtkönnen der Nichteigentümer an Bedeutung sofort zurück. Der Schwerpunkt liegt auch hier in der Unterlassungspflicht der Unbefugten, nicht in den Rechten des Befugten, die Pflicht steht auch hier vor dem Recht. Man denke nur an den erheblichen praktischen Vorrang der verschiedenen Formen der negatoria und der Entschädigungspflichten im Vergleiche zur Besitz- und Eigentumsfeststellungsklage.

Aber selbst wenn man diese Auffassung hinsichtlich des Eigentums nicht teilt und vielmehr, einer kapitalistischen Denkweise folgend, das Recht an der Sache als die positive Seite des Verhältnisses durchaus in den Vordergrund zu stellen beliebt, so beschränkt sich diese Umkehrung des normalen Verhältnisses von Pflicht und Recht in ihr Gegenteil eben



auf dieses Sondergebiet des Rechtes, auf Sachen- und Erbrecht und gelangt damit der »Herr der Sache« noch lange nicht in den Mittelpunkt des Rechtssystems überhaupt. Wir haben dann nur einen bedeutsamen Anwendungsfall des Satzes exceptio firmat regulam, und wir gewinnen alsdann einen recht belehrenden Gegensatz zwischen dem Rhythmus des bürgerlichen und demjenigen des öffentlichen Rechtes. Wie sehr bei diesem der Ton auf der Pflicht ruht, das hat uns das Strafrecht schon lange gelehrt. In diesem ältesten Normsystem des öffentlichen Rechtes ist von Rechten kaum die Rede. Es stand von jeher fest, daß das Nichttun des Verbotenen die Pflicht sei, um die es sich handle, und erst in neuester Zeit wurde die Entdeckung gemacht, daß der Unterlassungspflicht ein Strafanspruch gegenüberstehe, auf welchen nach Belieben auch der Ton gelegt werden könnte.

Und nun das Staats- und Verwaltungsrecht! Nur ein vom Glanze und Nymbus des »Herrn der Sache« völlig geblendeter Blick vermöchte hier zu übersehen, daß das ganze System dieses wichtigsten Teiles der öffentlichen Rechtsordnung beherrscht ist von dem Grundsatze der Pflicht. Um die wichtigsten dieser Pflichten nur im Parademarsche anzuführen, so seien genannt: die allgemeine Gehorsamspflicht gegenüber dem Gesetze, die Dienstpflicht der Beamten und öffentlichen Diener, die Pflicht der Ministerverantwortlichkeit, die Wehrpflicht, die Steuerpflicht, die Pflicht zu polizeimäßigem Verhalten, die Gerichtspflichten, die Schulpflicht und die ganze Reihe der sozialen Rechtspflichten. Es schließen sich diesen Hauptpflichten eine ganze Menge von Nebenpflichten ein und an, die wir übergehen, um nicht statt einer Anmerkung ein System zu geben. Staats- und Verwaltungsrecht sind in der Tat ein Pflichtensystem, über dessen Gewicht kein Bürger im Zweifel ist und doch wird auch hier versucht, den Pflichten die Rechte voranzustellen. Dies geschieht nach drei Rezepten, die sich kurz wie folgt charakterisieren lassen:

1. Lehre. Die Staatsrechtslehre konstruiert ein Rechtssubjekt des öffentlichen Rechtes, welches von den einen Herrscher, von anderen Staat und wieder von anderen die öffentliche Gewalt genannt wird und welches allen Pflichten als der berechtigte Empfänger der Leistung gegenübergestellt wird. Die Mehrzahl der Theorien des Staatsrechts geht



darauf aus, dem System der Pflichten ein Rechtssubjekt gegenüber zu stellen, welches zwar in sehr verschiedenartiger Weise, einmütig aber stets zu dem Zwecke hingestellt wird, um als der rechtmäßige Empfänger der öffentlichrechtlichen Leistungen jeder Art zu gelten. Gegen diese Konstruktionen ist grundsätzlich so lange nichts einzuwenden, als nicht eine Verschiebung des Tones von der Pflicht auf das Recht erfolgt. Diese nicht gar zu selten versuchte Verschiebung ist abzulehnen, weil sie gegen das Wesen des Staates und die Grundlagen der gesamten öffentlichen Pflichtordnung verstößt.

2. Lehre. Allen Pflichten der Bürger gehen gewisse unentziehbare und vor jeder positiven Rechtsordnung vorhandene Grund- oder Menschenrechte voraus, welche der Persönlichkeit von Natur oder aus andrem vorstaatlichen Grunde zu eigen sind. Dieser Lehre ist, so ehrwürdig auch ihr geschichtliches Ansehen ist, immerhin entgegenzuhalten, daß den vorstaatlichen Rechten aus gleichem Titel und mit gleichem Recht vorstaatliche Pflichten gegenübergestellt werden können, in den Religiongesetzen auch gegenüber- und vorangestellt sind. Sobald man sich einmal in das Bereich der vorstaatlichen Vorstellungen begibt, ist es nicht schwer, den Nachweis zu liefern, daß auch hier der Ton auf der Pflicht, und nicht auf dem Rechte liegt. Man denke nur an die vaterländischen Pflichten oder auch an die 10 Gebote. Nur dem, der etwa noch weiter in das vorstaatliche Ethos zurückzugreifen gedenkt, eröffnet sich ein Naturrecht, dem allerdings keine Pflicht von gleichem oder höherem Wert gegenübergestellt werden kann, dies ist das Recht des Stärkeren, welches mitunter hinter den Menschenrechten sein Wesen treibt. Doch damit gelangen wir in die rechtsfremden Bereiche der Politik und der Methaphysik.

3. Lehre. Wie im bürgerlichen so stehen auch im öffentlichen Rechte und zwar in jedem seiner Institute den positiven Pflichten auch positive Rechte zur Seite oder gegenüber. Beispiele: Rechte des Herrschers, Rechte des Landtags, Rechte der Beamten, Rechte der Wähler, Rechte der Wehrpflichtigen, Rechte der Steuerpflichtigen, Rechte auf polizeilichen Schutz und andere Leistungen der Verwaltung oder der Justiz. So beachtenswert diese Feststellung ist, so sehr ist doch gerade sie geeignet, den höheren Rang der Pflicht vor dem Rechte

im Bereiche des öffentlichen Rechts ins hellste Licht zu setzen. Es ist ganz richtig, daß dem öffentlichrechtlich verpflichteten Subjekt in der Regel auch gewisse Rechte zustehen. Der sekundäre Charakter dieser Rechte aber zeigt sich darin, daß diese Rechte in zwei Kategorien nahezu restlos aufgehen, nämlich in der Kategorie der Alimentation (im weitesten Sinne) und des öffentlichen Interesses. Alimentationen sind die Bezüge des Königs, der Landtagsabgeordneten, der Beamten und öffentlichen Diener, der Wehrpflichtigen und ein Teil der sog. sozialen Leistungen. Um des öffentlichen Interesses an Dasein und standesgemäßem Auskommen sind sie als Rechtsansprüche normiert, zumeist bis ins einzelne. Um des öffentlichen Interesses willen bestehen die Ehrenrechte des Königs und der öffentlichen Beamten und Diener, die Rechte der Wähler, die sogenannten formellen Rechte des Landtags, die Rechte der Steuerzahler u. a. m. Zumeist ist das schätzbare Recht der unschätzbaren Pflicht an die Seite gestellt, nicht um sie zu überwiegen, sondern um sie zu ergänzen, um die Erfüllung der Pflicht zu ermöglichen, also ganz offenbar in sekundärer Rolle. Das Ergebnis ist, das volle Maß der Leistung des Staates wird durch die Erfüllung aller auf den Staat bezüglichen Pflichten gewährleistet, das Wertäquivalent dafür sind nicht die Rechte, auch nicht ihre Summe, sondern die Leistung des Staates mit allem, was er bietet, also nicht einmal in erster Linie mit dem, worauf subjektive Ansprüche bestehen, sondern mit allen seinen materiellen und immateriellen Darbietungen.

Für die Systematik des öffentlichen Rechtes ergibt sich hieraus zweierlei, nämlich erstens, daß dem System der subjektiven öffentlichen Rechte ein System der subjektiven öffentlichen Pflichten gegenüber- und voransteht, ohne welches das erstere sinnlos wäre und zweitens, daß ein System der Staatsakte, der rechtsgeschäftlichen und der nicht rechtsgeschäftlichen erst dann verspricht, ein vollständiges zu werden und auf geraden und sicheren Grundlagen sich errichten zu lassen, wenn diese Grundlagen, nämlich das System der öffentlichen Pflichten richtig, fest und vollständig gegeben sind.

4. **Das Personenrecht des öffentlichen Rechtes.**

Ueberträgt man der Uebersicht halber einmal die systematischen Gruppen des bürgerlichen Rechts auf das öffentliche Recht, so entspricht dem bürgerlichen Personenrecht vor allem das Verfassungsrecht einschließlich Organisation, Behördenrecht und Staatsdienst und einschließlich des öffentlichen Korporationsrechtes, kurz alles was die Bereitstellung der Rechts- und Handlungsfähigkeit des Subjektes der Verwaltung betrifft. In diesen Rahmen gehört in der Monarchie auch der Herrscher, sein Hausrecht und die Thronfolgeordnung, desgleichen gehört herein das parlamentarische und körperschaftliche Wahlrecht. Ein gut Teil Verfahrensrecht ist also auch mit hereingestellt, alles nämlich was der Konstituierung des Subjektes der Verwaltung dient.

Allein damit ist das Personenrecht des öffentlichen Rechtes nicht erschöpft, denn nicht nur das eigentliche Subjekt der Verwaltung, Herrscher, Behörden und öffentliche Körperschaften, besitzt die Personeneigenschaft im Rechtssinne. Auch der Untertan hat Rechtsfähigkeit und es äußert sich dieselbe nicht nur im Privatrechtsverkehr sondern in sehr ausgedehntem Umfang auch im öffentlichen Rechtsleben. Diese öffentliche Rechtsfähigkeit des Untertans ist allerdings nicht in dem Maße angeborener Charakter wie die Privatrechtsfähigkeit, sie wird stufenweise und nicht für alle gleichmäßig erworben, tritt nicht etwa als ein einheitlich durchgebildetes Bürgerrecht mit fertigem Rechtsinhalt in die Erscheinung, sondern sie setzt sich mosaikartig aus mancherlei Status-Rechten zusammen, aber im Ergebnis führt sie doch dahin, daß Herrscher und Untertan sich nicht schlechthin als Subjekt und Objekt gegenüberstehen, sondern daß das zwischen ihnen bestehende Verhältnis ein in den meisten Beziehungen rechtlich bestimmtes ist, ein bestimmtes vor allem durch die Rechtsfähigkeit des Untertan. Es zeigt sich nun im Inhalte der Rechtsfähigkeit ein sehr bedeutsamer Unterschied zwischen dem öffentlichen und dem bürgerlichen Recht, den keine Konstruktion oder Analogie zu beseitigen vermag. Während hier das Rechtssubjekt seine rechtlichen Beziehungen regelmäßig nach freier Wahl sucht und zum Abschluß bringt, gelangt dort das Rechtssubjekt ohne eigenes

Zutun infolge tatsächlicher Umstände, Verhältnisse und Veränderungen in die vom positiven Rechte vorweg geregelten Pflicht- und Rechtsverhältnisse. Wehrpflicht, Steuerpflicht, Schulpflicht usw. desgleichen Wahlrecht und gewisse soziale Ansprüche entspringen ohne darauf gerichteten Willensentschluß für das Subjekt aus solchen tatsächlichen Umständen, knüpfen sich hieran auch gegen seinen Willen und verlaufen auch weiterhin nicht nach seinen Entschlüssen, sondern nach Norm und Vorschrift. Daher ist im öffentlichen Recht die Persönlichkeit weit bestimmter und gleichförmiger gezeichnet als im bürgerlichen, während andererseits hier die rechtlichen Beziehungen von Subjekt zu Subjekt viel mannigfaltiger und unübersichtlicher sich gestalten als dort. Mit Rücksicht auf den schematischen Aufbau des Inhaltes der rechtlichen Beziehungen der öffentlichen Rechtspersönlichkeit ist diese Persönlichkeit selbst vom objektiven Rechte in den Statusrechten weit charakteristischer ausgebildet als die farblose Rechtsfähigkeit des bürgerlichen Rechts. Den familienrechtlichen Statusrechten des bürgerlichen Rechtes stehen in Gemeindebürgerrecht, Staatsangehörigkeit, Staatsbürgerrecht wesentlich gehaltvollere personenrechtliche Eigenschaften des Subjektes gegenüber.

Noch immer fehlt freilich dem öffentlichen Rechte Deutschlands die volle Ausbildung des wichtigsten dieser öffentlichen Statusrechte, des Staatsbürgerrechtes. Während der Inhalt dieses Rechtes immerzu wuchs und namentlich die Pflichtseite eine erhebliche Durchbildung erfuhr, ist doch der Begriff und sind die formalen Merkmale und Grenzen des Staatsbürgerrechtes nicht fortentwickelt worden. Staatsbürger ist nach erfüllter Schulpflicht strenggenommen nur der volljährige, wahlfähige, gemeindebürgerberechtigte, steuer- und wehrpflichtige Staatsangehörige. Es wird eingewendet: was heißt hier »strenggenommen«? Die Antwort muß schuldig geblieben werden, da das positive Recht vorläufig versagt.

5. Zur Organisation der Verwaltungs- und Rechtspflege.

Die organischen Einrichtungen des Staates dienen ausnahmslos dem Zweck, dem Staat die zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderliche Handlungsfähigkeit (Geschäftsfähigkeit) zu beschaffen. Rechtsfähigkeit mag auch der nicht selbständig



handlungsfähige Staat besitzen. Zur Handlungsfähigkeit bedarf es einer Organisation. Durch sie erst entsteht das Subjekt der Verwaltung, das Subjekt der Rechtspflege. Daß es sich dabei zunächst um Tatsächliches handelt, ist klar. Erst durch Bindung, also durch das Hervortreten des Pflichtmotivs wird die Organisation, werden Aemter, Stellen und Dienste zu Einrichtungen des Rechtes und niemals geht die Bindung soweit, daß das Organisieren allgemein zum Rechtsgeschäft würde. Bindungen kommen im positiven Rechte in verschiedener Art und aus verschiedenen Gründen vor. Manche Aemter müssen in mehr oder minder genau bestimmter Weise bestehen z. B. Gerichte, Ministerien, sei es nach Verfassungsgesetz oder nach gewöhnlichem Gesetz, andere werden durch budgetrechtliche Bindung notwendig, wieder andere müssen durch Verordnung oder Verfügung geschaffen werden, weil Rechtsansprüche oder rechtlich notwendige Geschäfte anders als durch sie nicht befriedigt und erledigt werden können. Auch die Konstituierung der Herrschaft ist im Grunde nichts anderes als ein Organisationsakt, wenn auch zumeist ein geschichtlich sehr langwieriger. Da jedoch das Vorhandensein eines Herrscherwillens schon zur Rechtsfähigkeit erforderlich ist, diese aber wieder der Handlungs(Geschäfts)fähigkeit vorausgeht, so hebt sich die Konstituierung der Herrschaft von allen übrigen Organisationsakten ab und zwar als deren Voraussetzung. Ohne Herrscher keine Staatsorganisation, keine Justiz, keine Verwaltung. Um hinter diesem Satz nicht absolutistische einzelherrschaftliche Tendenzen zu wittern, muß man sich nur endlich von dem Vorurteil befreien, wonach das Organ des höchsten Willens in der Vielherrschaft nicht Herrscher sein soll.

Die Konstituierung der Herrschaft und alle sonstige Organisation erfüllen zwei entgegengesetzte Funktionen. Dort wird die Vielheit der Willenssubjekte eines Volkes zur Einheit gebracht, indem ein einziger Herrscherwille aus der Konstitution hervorgeht, hier dagegen gliedert dieser Wille sich wieder zu einer Vielheit, aber nicht gleich einer Auflösung, nicht so, daß daraus wieder die ursprüngliche Vielheit der Willenssubjekte des Volkes sich ergibt, nämlich nicht nach Personen, sondern nach Aufgaben und Geschäften, Aemtern, Stellen und Diensten. Der Staat erlangt und ent-

wickelt seine Geschäftsfähigkeit dadurch, daß der Herrscherwille eine dem Staatsbedürfnis entsprechende Gliederung und Teilung der Geschäfte vornimmt. Die obersten Grundsätze, die ihn dabei leiten, sind zumeist nicht solche des Rechtes, in der Tat auch nicht immer solche der Zweckmäßigkeit. Vorurteile, Ueberlieferungen, Nebenabsichten mischen sich vielfach ein und lenken bald unter der erborgten Fahne der Politik bald gar mit der Anmaßung einer »Weltanschauung« nicht selten den Willen abseits von den Richtungen der Zweckmäßigkeit und den Forderungen des Rechtes.

Die Geschichte lehrt, daß Organisationstalente selten sind, seltener als gute Gesetzgeber. Da in diesem Bereiche der Staatstätigkeit Politik und Persönlichkeit eine größere Bedeutung haben als Sätze des Rechtes, so empfiehlt sich eine elementare Organisationslehre als Gehilfin der Rechtslehre. Hat man sich bisher nicht allzusehr auf die formale Analyse der alten Lehre von der Trennung der Gewalten beschränkt? Steht es nicht außer allem Zweifel, daß das Verwaltungsrecht seine führenden, fördernden, mäßigenden, ausgleichenden, erziehenden und stärkenden Wirkungen auf das öffentliche Leben nur dann ausüben kann, wenn ein handlungsfähiges, d. h. nach gesunden Grundsätzen organisiertes Subjekt die Verwaltung in starken und beweglichen Händen führt und ist nicht Voraussetzung einer zuverlässigen, lebenskundigen, von allen ablenkenden Einflüssen freien, allein dem Recht und der Wahrheit dienenden Rechtspflege eine sachgemäße Organisation der Gerichtsbarkeit?

Einige Sätze sollen die Antwort enthalten.

a) Durch die Organisation entwickelt das Subjekt der Verwaltung und der Rechtspflege seine Kräfte nach Maßgabe des Bedürfnisses und in Anpassung an den Gegenstand seiner Aufgabe. Es bleibt also die Einheit des Subjektes bestehen und findet nur eine Gliederung statt. Der Staat soll an seinen Organen nicht zerfallen, sondern bei aller Vielseitigkeit seines Wirkens und trotz der Vielheit seiner Organe dennoch Einheit bleiben. Die für das Subjekt der Rechtsprechung und Verwaltung in Dienst zu ziehenden Kräfte (Personen) werden durch die Organisation noch nicht in Funktion gestellt, sondern es werden nur die Aemter und Stellen geschaffen und abgegrenzt, in denen die Berufenen zu wirken haben. Be-



hörden sind die besetzten Aemter und Stellen. Die Grundsätze, nach denen sie zu wirken berufen sind, bilden den Gegenstand des Dienstrechtes. Die nach dem Bedürfnis erfaßte und gestaltete Pflicht (Aufgabe) ist also das leitende Prinzip nicht nur des Dienstes sondern auch schon der dem Dienst vorausgehenden Organisation. Denn erst durch die Organisation werden die Bedürfnisse, die zunächst nur etwas Tatsächliches sind, objektiviert, d. h. zum Gegenstand der Arbeit des Staates, also zum Geschäft erhoben oder anders ausgedrückt: indem das Subjekt sich nach den zu erfüllenden Geschäften gestaltet, wird das Bedürfnis Staatsgeschäft und entsteht die normale, im Staatsdienst sich betätigende Beziehung von Subjekt und Objekt. Subjekt ist der durch tätige Personen handlungsfähig gewordene Wille des Staates, Objekt sind unmittelbar immer die Geschäfte, mittelbar die an diesen durch Pflichten, Rechte oder Interessen beteiligten Personen.

b) Für Gliederung und Arten der Behörden sind maßgebend entweder Eigenschaften des Subjektes oder des Objektes. Nach dem Subjekt sind zu unterscheiden Behörden des Staats, der Gemeinden und sonstigen Körperschaften oder Anstalten, wobei das Subjekt dem Rechte nach selbst eine Spaltung vornehmen kann und für bestimmte Zweckgruppen als Mehrheit von Subjekten in den Verkehr einrückt. Nach dem Subjekt unterscheiden sich auch höhere und niedere Behörden, Behörden verschiedenartiger Zusammensetzung und verschiedenartigen formellen Dienstes. Weitere Unterscheidungen sind möglich nach anderen im Subjekte gegebenen Merkmalen und Formen.

Nach dem Objekte unterscheiden sich Behörden der Verwaltung und der Rechtspflege und innerhalb beider Gruppen verschiedene Unterarten je nach Art der Geschäfte oder Eigenschaften der beteiligten Personen.

Ein weiteres bedeutsames unterscheidendes Merkmal ergibt sich aus Eigenschaften beider, des Subjektes und des Objektes, je nachdem die Art des Geschäftes durch Pflicht der beteiligten Personen bestimmt ist oder nicht. Wo Pflichten der beteiligten Personen in Betracht kommen, wird die Behandlung der gegenständlichen Geschäfte eine obrigkeitliche, wie dies bei der Tätigkeit der Gerichte, der Polizei, Militär- und Steuerbehörden stets der Fall ist, bei anderen der Fall sein kann. Wie stark das

Pflichtmotiv im Bereiche des öffentlichen Rechtes überwiegt, das zeigt sich vor allem an zweierlei, erstens an dem Zwang, der aller obrigkeitlichen Tätigkeit innewohnt und der schon deshalb Beteiligte bindet, weil alle obrigkeitliche Tätigkeit aus Pflicht des Subjektes entspringt, zweitens auch an dem Aufbau und der Gliederung der Behörden nach den allgemeinen Pflichtengruppen. Besondere Behördensysteme bauen sich auf auf den Gerichtspflichten, der Wehrpflicht, der Steuerpflicht, der Pflicht zu polizeimäßigem Verhalten, den sozialen Pflichten, der Schulpflicht u. a. m. Wo ausnahmsweise im positiven Recht der Ton auf dem Recht und nicht auf der Pflicht ruht, ist auch die zugehörige Behördenordnung kümmerlich entwickelt oder gar nicht vorhanden.

c) Ueber die Trennung der Gewalten ist nicht nur vom Standpunkte der Verfassungspolitik sondern auch vom Standpunkte der Dogmatik des Verwaltungsrechtes besonders eindringlich gehandelt worden. Dort verhalf diese Lehre neuen Grundsätzen des Verfassungsrechtes zur Wirksamkeit, hier hat sie der Verwaltungsgesetzgebung den Weg gebahnt und ist sie für die Organisation programmatisch geworden. Der eigentliche Kern der Lehre ist ein rechtsphilosophischer, indem sie dartut, daß der Richter anders denkt als der Verwaltungsbeamte. Weil Wille und Ziel verschieden sind, so sind auch die Begriffe und Urteile verschieden. Damit allein schon läßt sich die Forderung der Trennung theoretisch hinreichend begründen. Grenzen der Ausführbarkeit ergeben sich alsbald aus rein praktisch technischen Tatsachen, z. B. Mangel an Personen oder Mitteln und bis zu einem allerdings nur empirisch feststellbaren Grade auch aus dem Bedürfnis des Staates nach Erhaltung seiner Einheit auch in der Organisation. Die unmittelbaren Organe der Herrschaft selbst werden die geforderte Spaltung niemals bis zu Ende mitmachen. Ein interessanter Beleg für die Grenzen der Berechtigung jener Forderung ist die Entwicklung, welche das Recht der Vorentscheidung bei Entschädigungsansprüchen wegen Pflichtverletzungen der Beamten in der positiven Gesetzgebung und in der Praxis durchgemacht hat. Ein weiterer Beleg ist die Unfertigkeit des Rechtszustandes in der Organisation der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Andrerseits hat das Trennen und Absondern auch innerhalb eines jeden der beiden Gebiete

weite Furchen gezogen und zwar nicht nur in Deutschland sondern allenthalben. Die organische Gliederung folgte dem Gesetze der Arbeitsteilung nach wirtschaftlich-technischen Gesichtspunkten. Dies ist überall die Hauptrichtungslinie der neuesten Entwicklung gewesen. Auch für Deutschland gilt dieser Satz. Die Besonderheiten aber, welche in unserer deutschen Entwicklung hervortreten und nicht rein dem Gesetze der Arbeitsteilung folgten, sind fast restlos auf zwei Motive zurückzuführen, die in gewissem Grade sich wohl auch sonst überall nachweisen lassen, die aber nirgends so viele lebendige Kräfte gerade in der Organisation wirksam gemacht haben als in Deutschland. Diese beiden Motive sind erstens das Interesse der Landesverteidigung und zweitens das Interesse an der Wahrung geschichtlich überlieferter Einrichtungen. Nur widerwillig und langsam wird das Ausland diese beiden Motive unseres öffentlichen Lebens begreifen und bis dahin wird auch das Verständnis für unsere Organisation fehlen. Daß wir ein auf starker Zusammenfassung aller Kräfte beruhendes organisches System der Landesverteidigung besitzen müssen, dessen oberste Grundsätze andre als wirtschaftspolitische sind, kann ja nur der verstehen, der an Deutschlands Dasein wirkliches Interesse hat. Für den Fremden ist dieser Kräfteaufbau ein unbequemes Wunder. Und daß wir trotz Einheit der Wehr- und Wirtschaftspolitik ein so vielgestaltiges inneres Staaten- und Kirchenwesen bewahren, welches sich ebenfalls nicht aus den Hauptsätzen des Einmaleins ableiten läßt und doch unsere deutsche Organisation in so vielen wichtigen Punkten bestimmt, ist wieder nur begreiflich für den Kenner deutscher Geschichte und deutschen Geschichtssinnes, für den Fremden aber ein Rätsel ohne Sinn. Wer aber möchte behaupten, daß solche starke Motive einflußlos auf die Hauptrichtungslinie der organischen Entwicklung eines großen Gemeinwesens bleiben? Ich glaube, die Lehre von der Trennung der Gewalten und ihr wirtschaftliches Gegenstück, das Gesetz der Arbeitsteilung werden auch in naher und ferner Zukunft die deutsche Organisation der öffentlichen Gewalt in Verwaltung und Rechtspflege nicht ausschließlich bestimmen, vielmehr werden auch fernerhin jene beiden Motive starken Einfluß auf die Gestalt der Entwicklungskurve behaupten.

6. Deutsche Besonderheiten.

Deutsche Besonderheiten lassen sich in Kürze etwa so formulieren:

a) Engster Anschluß und engste Anpassung der Militärverwaltung und Militärstrafrechtspflege an die Heeres- und Marineleitung und an den militärischen Dienst. Die Forderung der Trennung von Justiz und Verwaltung besteht auch hier, hält aber Abstand, das militärische Interesse ist vorwiegend (vgl. unten lit. e).

b) Die gesamte innere Verwaltung einschließlich der Finanzverwaltung erfährt in der Organisation eine Spaltung in der Leitung zwischen Reich und Staaten. Zwischen Reich und Staaten besteht eine Abteilung der Geschäfte und dementsprechend auch der Behördenordnung. Die Verteilung ist vor allem nach dem Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit erfolgt und ist demnach keine ein für allemal unabänderliche. Die Verteilung aber ist nicht ein Geschäft der laufenden Verwaltungspolitik, sondern sie ist durch die Reichsverfassung erstmalig festgesetzt worden und ihre Aenderung erheischt deshalb die Form der Verfassungsgesetzgebung.

c) Die kirchliche Verwaltung ist zwar im letzten Grunde nach dem Satz von der Trennung von Staat und Kirche eine Angelegenheit der Kirche und ihrer Selbstverwaltung. Aber dieser Ausgangsstandpunkt ist in der positiven Gesetzgebung und Organisation so wenig festgehalten worden, daß die kirchliche Organisation und Geschäftsführung in einen sehr engen Anschluß an die Staatsorganisation gebracht ist. Dabei bestehen die mannigfaltigsten, meist nur geschichtlich erklärbaren Ordnungen in den verschiedenen deutschen Staaten.

d) Staats- und Selbstverwaltung in heutiger Gestalt sind in Deutschland das Ergebnis einer Organisationspolitik, welche in harter Zeit die beiden gesündesten Elemente deutschen politischen Wesens, die Landeshoheit mit ihrem Beamtentum und die Bürgergemeinde mit ihren gemeinsinnigen Einrichtungen aus den Kriegsruinen zu retten und zu Einheiten größerer Ordnung zusammenzufassen verstand. Diese Einigung geschah so, daß kein Teil sein Wesentliches einbüßte und bildet noch heute den innersten Kern unseres konstitutionellen Lebens und wohl auch die Wegrichtung der Zukunft.

Aus dem Beamtentum des 18. Jahrhunderts erwuchsen nach einschneidenden Reformen Aemterwesen, Staatsdienst und Ministerialorganisation des 19. Jahrhunderts. Die politische Gemeinde aber wurde die Befreierin des Bürger- und Bauerntums und ihr kräftiger Grundtypus war und blieb der Unterbau eines mannigfach sich gliedernden, wirtschaftlichen und sozialen Körperschaftslebens. Die Zukunft wird den in der Kriegszeit so gewaltig gestärkten Gemeinsinn dahin weisen, den überlieferten Grundplan unserer Staats- und Selbstverwaltung gegenüber etwaigen auflösenden Bestrebungen zu behaupten und entsprechend den veränderten Verhältnissen fortzubilden, Ueberflüssiges und Ueberlebtes ausscheidend, Bewährtes erhaltend, Neues mit Vorsicht anschließend. Eine Nachprüfung des Bestehenden in allen Teilen wird sich als notwendig erweisen, Zwergämter und Hemmstellen, die im Organismus des Staates wie Arterienverkalkung wirken, werden verschwinden, die Organe der Leitung werden mit den äußeren Behörden in lebendigere Verbindung treten müssen, den äußeren Behörden wird das gebührende Maß von Selbständigkeit, dessen sie vielfach entbehren, gegeben werden müssen, damit das Leben nicht in den Akten ersticke.

e) Unser deutsches Justizwesen hat eine gleichförmigere Gestalt als unsere Verwaltung. Die alte Landesgerichtsorganisation mit ihren schwerfälligen drei Instanzen ist nach der Abspaltung der Verwaltung in freier durchgebildeter Form das Gerüst unserer Reichsjustizordnung geworden. Aber es hat sich daneben und darum herum ein Sonderjustizwesen entwickelt, dessen innere Berechtigung nicht durchweg erwiesen ist. Wohl behielten die allgemeine Zivil- und Strafjustiz ihre bewährte organische Verbindung. Andere Zweige der Justiz aber schossen aus den gemeinsamen Wurzeln als selbständige Gebüsche und Gesträuche auf. Ein näherer Zusammenschluß würde sich auf Kosten manch überflüssiger Präsidien empfehlen. Den Grundplan sollte eine Gerichtsordnung von zwei Instanzen bilden, wobei ein einziges Obergericht unter einem Präsidium in gesonderten Senaten Zivil-, Straf-, Verwaltungs-, Sozial-, Steuer-, Disziplinar- und Zuständigkeitsjustiz, vielleicht auch Militärjustiz (vgl. oben lit. a) umfaßte. In die Justiz der unteren Instanz hätten sich Land- und Amtsgerichte zu teilen, jene nach Kammern gegliedert wie das

Obergericht nach Senaten. Für etwa nötige technische Sonderjustiz würden besondere Kammern zu bilden sein.

7. Die öffentliche Anerkennung.

Mühe, Fleiß, Begabung und Verdienst lohnen sich im bürgerlichen Erwerbsleben durch materiellen Gewinn, im übrigen bürgerlichen Leben lohnen sich diese Vorzüge in anderen Werten, die zumeist der materiellen Schätzung sich entziehen.

Wie soll der Lohn gestaltet sein, der öffentlichem Verdienst zuteil werde?

Da jedes öffentliche Verdienst ein persönliches ist, so kann auch von Lohn nur dann die Rede sein, wenn die Gegenleistung, welcher Art sie auch sein mag, dem zufällt, der das Verdienst sich erworben hat und da es sich um öffentliche Verdienste, also um solche handelt, die der Gesamtheit zugute kommen, so kann der Lohn nur von demjenigen ausgehen, der Empfänger der Leistung ist. Da indes die unmittelbare Empfängerin, die Gesamtheit, ein unpersönliches Wesen ist, so bedarf sie, um ihrer Pflicht sich zu entledigen, eines Vertreters. Wer dieser Vertreter sei, das bestimmt für das staatliche Leben die Verfassung. Des Berufenen Pflicht wird es sein, sich von sachkundiger Seite beraten zu lassen, wo eigene Sachkunde fehlt. Im großen Gemeinwesen obliegt ihm auch die Herstellung und Durchführung einer gewissen Ordnung, damit nach Grundsätzen der Gerechtigkeit und mit Geschmack verfahren werde, denn ist einmal der Grundsatz anerkannt und in Uebung, daß öffentlichem Verdienst öffentliche Anerkennung gebühre, so ist die Unterlassung im Falle des Verdienstes eine Beleidigung des einzelnen und die Auszeichnung des Verdienstlosen eine Beleidigung aller Verdienten. Ungerechte oder auch nur ungeschickte Anerkennungspraxis ist schlimmer als gar keine, denn wo es üblich ist, daß öffentliche Anerkennungen erfolgen, da fallen die gemachten Fehlgriffe jedermann in die Augen und werden die Fähigen und Tüchtigen von weitem zurückgeschreckt, weil sie es scheuen, für Verdienste Beleidigungen zu ernten. Wo dagegen öffentliche Anerkennungen nicht üblich sind, da werden sich gerade die Tüchtigsten durch den öffentlichen Dienst erst recht angezogen fühlen, denn die Tüchtigsten sind diejenigen, denen



es nur um den sachlichen Erfolg ihrer Leistungen zu tun ist und denen die eigene Schätzung ihrer Leistung genügt, weil sie ihre Motive am besten selbst zu würdigen wissen. Nach diesen Grundsätzen wird jede Regierung verfahren und vor allem sich prüfen müssen, ob sie imstande und gewillt ist, eine gerechte Anerkennungsordnung mit Geschicklichkeit auszuüben. Die Sache ist nicht ohne Wichtigkeit, die Schätzungen aber gehen häufig fehl und zwar sowohl hinsichtlich des Verdienstes als auch hinsichtlich des Wertes seiner Anerkennung.

Für die Monarchie ist zunächst mit einer Fülle von Ueberlieferungen und bestehenden Anordnungen und Gewohnheiten zu rechnen, deren Kenntnis ein förmliches Studium voraussetzt. Es bleiben indes auch dann noch einige Rätsel übrig.

Für die Praxis empfehlen sich einige Grundsätze, die in manchen Staaten befolgt werden, zur allgemeinen Beachtung.

Es werden Titel und Orden oder Ehrenzeichen verliehen, um die Anerkennung öffentlich sichtbar und hörbar zu machen. Dies ist wohlbegründetes Herkommen.

Titel empfehlen sich nicht, wenn sie falsche Vorstellungen von nicht wirklich geübter Amtstätigkeit oder Stelleninhabung erwecken oder wenn sie als Abfindungen für verdienten aber nicht gewährten Gehalt gegeben werden. In beiden Fällen bergen sie ein unwahres Element. Die Prägung vorwurfsfreier Titel und die Entfernung unechter Titel ist ein Verdienst.

Orden werden in verschiedenen Arten und Graden verliehen. Beides ist wohlbegründetes Herkommen. Es empfiehlt sich, verschiedene Arten von Orden zu verwenden im Militärdienst, Zivildienst des Staates und im Hofdienst. Vertauschungen verwirren und entwerten. Abstufungen nach dem Grade sind nur nach dem Grade des Verdienstes gerechtfertigt.

Die Erhebung von Gebühren für Verleihung von Orden oder Titeln ist ein Mißbrauch, der leicht zum Ordens- oder Titelkauf führt. Für Geldleistungen an den Staat oder Stiftungen empfiehlt sich die Wahl einer solchen Auszeichnung, in welcher diese Art des Verdienstes zum Ausdruck kommt.

8. Die Charakteristik der Verwaltung und Rechtspflege durch das Verfassungsrecht.

Wie sehr die Verwaltung und Rechtspflege in Organisation, Gebaren und Leistungsfähigkeit durch die Grundzüge des Verfassungsrechtes eines Staates bestimmt wird, darüber hat die Literatur der letzten hundert Jahre sich reichlich ausgesprochen. Man hat nicht mit Unrecht die Leistungen der Verwaltung und Rechtspflege als die entscheidende Probe des Wertes der Verfassung bezeichnet. »An ihren Früchten sollt Ihr sie erkennen.« Wie ist nun diese Probe ausgefallen? Will etwa auch dieser Krieg eine solche Probe sein? Ist es auch für die Wissenschaft noch zu früh, die Antwort zu geben, so ist es doch an der Zeit, sie vorzubereiten, geht doch neben dem Kampf der Waffen, der reinen und der wirtschaftlichen Machtbestrebungen, schon jetzt ein Kampf der Prinzipien her und mündet doch dieser Kampf im letzten Ende wieder bei den vielgeprüften Verfassungsgrundsätzen. Absolutismus und Gesetzesherrschaft, Monarchie und Republik, konstitutionelle und parlamentarische Regierungsform wetteiferten um die Palme des Vorzuges in friedlichen Jahrzehnten und in vielen Nachbarkriegen und auch hinter dem Forum dieses Krieges bereiten die Anwälte ihrer Verfassungsgrundsätze ihre Plädoyers vor für den Zeitpunkt, in welchem der Richter ihnen das Wort erteilen wird. Einstweilen hat in keinem der kriegführenden Staaten die erwartete »Revolution« stattgefunden, vielmehr ist jede der Mächte bereit, ihre Kräfte nach den zur Zeit des Kriegsausbruches in praxi befindlichen Verfassungsgrundsätzen bis zum Aeußersten anzuwenden, um damit unter anderem auch den Beweis der Richtigkeit dieser Grundsätze zu liefern. Zu dieser Sache möchte ich nun in diesem Zeitpunkte nicht mehr aussprechen als eine Warnung. So gewiß es ist, daß der Erfolg eines Krieges auch eine Probe über die Leistungsfähigkeit eines Volkes und seiner staatlichen Einrichtungen ist, so würde man doch irren, wenn man die Bedeutung dieser Probe als Wertmaßstaab für die herrschenden Verfassungsgrundsätze überschätzte. Dies erhellt aus Folgendem.

Vor allem entscheiden im Kriege außer den Grundsätzen der rechtlichen Ordnung der Herrschaft auch noch andere



Faktoren, tatsächliche Umstände, sittliche und technische Kräfte. Die Verfassung ist nur die Form, in welcher ein allerdings wichtiger Teil dieser Kräfte in Bewegung gesetzt und geführt wird. Sodann sind die geschriebenen Grundsätze einer Verfassung häufig, ja fast immer andere als die wirklich angewendeten. Hier zeigt sich die Praxis oft von einer wunderlichen Seite; indem sie der Theorie den Vorwurf macht, daß sie sich zu sehr abseits von der Praxis hält, gibt sie selbst nicht selten Grundsätze kund, die sie in Wirklichkeit nicht befolgt. Wer diese Erfahrung bestätigen kann, der muß zugeben, daß ein Urteil nach dem Erfolge gerade hier leicht trügen könnte, indem Erfolge oder Mißerfolge Grundsätzen zugeschrieben werden könnten, die zwar geschrieben aber nicht als geltend anerkannt sind oder deren Geltung zwar behauptet aber nicht geübt wird. Es gilt also vor allem, diejenige Verfassung eines jeden Staates zum Ausgangspunkte solcher Betrachtung zu nehmen, welche die tatsächlich geübte ist, nicht irgend eine theoretisch angenommene, geschriebene oder kundgegebene. Man sehe sich also bei kommenden Auseinandersetzungen darin besonders vor.

Im Grunde enthält diese Warnung auch eine Forderung von höchster Bedeutung. Sie besteht darin, daß die geübte Verfassung ihr wahres Gesicht zeige, daß also die leitende Gewalt weder dem eignen Volke noch fremden Mächten Verfassungsgrundsätze vorspiegle, die in Wirklichkeit nicht die ihrigen sind. Eine Regierung mag ihre Ziele aus Gründen der politischen Zweckmäßigkeit verhüllen, ihre Verfassung darf sie nicht verleugnen, will sie sich nicht des Bruches des obersten Grundsatzes alles Rechtes, der Wahrhaftigkeit und damit der Vertrauenswürdigkeit im Menschheits- und Staatenverkehr schuldig machen. Man wird auch nicht weit fehlgehen, wenn man einer Regierung, die statt ihres wahren Gesichtes eine Maske zeigt, vorhält, daß auch der Rechtspflege ihres Staates nicht zu trauen sei, und daß ihre Verwaltung fehlgehe. —

Möchten diese in langen Jahren erwogenen, im Felde niedergeschriebenen Gedanken nachsichtige und durchdringende Würdigung finden und vom Herrn Jubilar als ein Zeichen dankbarer Verehrung hingenommen werden.

Im Felde im Dezember 1915.



Die Amtsverschwiegenheitspflicht im Deutschen Staatsrecht.

Von

Wilhelm van Calker,

Professor an der Universität Kiel.



I. TEIL. GRUNDLEGUNG.

Die staatsrechtliche Einrichtung der Amtsverschwiegenheitspflicht erscheint auf den ersten Blick als eine Angelegenheit, zu deren Verständnis es kaum einer wissenschaftlichen Untersuchung und Erörterung bedarf. Bei genauerem Zusehen zeigt sich aber, daß das Wesen und die Grenzen der Amtsverschwiegenheitspflicht nichts weniger als klar sind und daß Wissenschaft und Praxis das gleiche Interesse haben, die einschlägigen Fragen einer näheren Betrachtung zu unterziehen.

Die Untersuchung wird vor allem dahin zielen müssen, den Sinn des Ausdruckes »Amtsverschwiegenheitspflicht«, so wie er uns im Sprachgebrauche des täglichen Lebens begegnet, festzustellen. Der nächstliegende Weg hierzu ist der der Nominaldefinition. Er führt uns zu dem vorläufigen Ergebnisse: »Amtsverschwiegenheitspflicht« ist die Pflicht, über das »Amt« zu schweigen. Das Wort »Amt« bedeutet in dem hier vorliegenden Zusammenhange das Gleiche wie »Amtsangelegenheiten« oder »Dienstangelegenheiten«. Dabei bedarf allerdings sowohl dieser wie jener Ausdruck später noch der näheren Erklärung[1]). Ebenso kann erst im weiteren Verlauf der Untersuchung erörtert werden, ob die Verschwiegenheitspflicht sich auf alle oder nur auf bestimmte einzelne Amtsangelegenheiten bezieht; ob sie nur den Beamten oder jede in einem Amtsverhältnis stehende Person trifft; ob sie eine Schweigepflicht gegenüber jedermann bedeutet oder ob sie nur gegenüber Unberufenen statthat; ob sie mit dem Dienstverhältnisse aufhört oder ob sie auch nach der Auflösung des Dienstverhältnisses fortbesteht, und vieles Andere.

Die mit der obigen Umschreibung zunächst nur ober-

[1]) Vgl. unten S. 143 f.



flächlich gekennzeichnete Amtsverschwiegenheitspflicht ist im modernen Beamtenrechte überall unbestritten als Pflicht des Beamten anerkannt. Auch da, wo die Beamtengesetze sie nicht ausdrücklich erwähnen, oder wo eine Kodifikation des Beamtenrechts bisher überhaupt fehlt, herrscht über die Tatsache des Bestehens jener Pflicht kein Zweifel[2]). Für einzelne Kategorien von Beamten wie Post- und Telegraphenbeamte und diplomatische Beamte hat die Gesetzgebung der neueren Zeit eine gesteigerte Amtsverschwiegenheitspflicht geschaffen, indem sie bei ihnen die Verletzung der Amtsverschwiegenheitspflicht zum Gegenstande strafrechtlicher Ahndung gemacht hat; an dem Begriffe der Amtsverschwiegenheitspflicht wird hierdurch natürlich nichts geändert. —

Die mannigfaltigen, zum Teil schon kurz angedeuteten Einzelfragen, die das Thema »Amtsverschwiegenheitspflicht« in sich schließt, können nicht gelöst werden ohne Kenntnis der einschlägigen reichs- und landesrechtlichen Vorschriften. Dabei muß ich mich hier allerdings auf die Heranziehung der grundlegenden Bestimmungen beschränken. Denn die Zahl der einschlägigen Einzelvorschriften für bestimmte einzelne Beamte oder Dienstkreise ist Legion; zudem unterliegt vielfach nicht nur der Inhalt, sondern auch schon die bloße Tatsache des Bestehens dieser Instruktionen der Amtsverschwiegenheit und kann daher schon aus diesem Grunde nicht zum Gegenstande der Betrachtung gemacht werden.

Ein Ueberblick über das positive Recht des Deutschen Reiches und der größeren deutschen Einzelstaaten ergibt folgendes Bild:

A. Deutsches Reichsrecht.

I. Die grundlegende Vorschrift des Reichsbeamtengesetzes, welche gleichlautend aus dem § 11 des ersten Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 in den § 11 des

[2]) Vgl. z. B. Wiegand, hess. Staatsbeamtenrecht; Gießener Diss. 1907, S. 50 ff. Walz, hess. Kommunalbeamtenrecht. Gießener Diss. 1909. A. Brand, Das Beamtenrecht; Die Rechtsverhältnisse der preuß. unmittelbaren und mittelbaren Staatsbeamten system. dargestellt. Berlin 1914 (Handbücher des Preuß. Verwaltungrechts V), S. 494.



heute geltenden Gesetzes vom 17. Mai 1907 übergegangen ist[3]), hat folgenden Wortlaut:

§ 11. „Ueber die vermöge seines Amtes ihm bekannt gewordenen Angelegenheiten, deren Geheimhaltung ihrer Natur nach erforderlich oder von seinen Vorgesetzten vorgeschrieben ist, hat der Beamte Verschwiegenheit zu beobachten, auch nachdem das Dienstverhältnis aufgelöst ist."

Der Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen ist folgendes zu entnehmen: Die dem deutschen Reichstage in seiner ersten Legislaturperiode vom Jahre 1872 zugegangene Regierungsvorlage enthielt an der fraglichen Stelle lediglich die kurze Bestimmung: »Ueber die vermöge seines Amtes ihm bekannt gewordenen Angelegenheiten hat der Beamte Verschwiegenheit zu beobachten, auch nachdem das Dienstverhältnis aufgelöst ist.« Der Regierungsentwurf entbehrte also noch des den Ausdruck »Angelegenheiten« näher bestimmenden Zusatzes »deren Geheimhaltung ihrer Natur nach erforderlich oder von seinen Vorgesetzten vorgeschrieben ist«. Dieser Zusatz verdankt seine Entstehung nicht der Reichsregierung, sondern einem, vom Reichskanzler Fürst Bismarck allerdings ausdrücklich gebilligten, Antrage des Abgeordneten Kanngiesser. Der Zusatzantrag wurde erst in einem ziemlich späten Stadium des Gesetzgebungsverfahrens, nämlich während der Plenarberatung über § 11 gestellt[4]). Seine Einbringung erfolgte erst, nachdem ein bereits früher eingebrachter mit § 11 zur Beratung stehender Antrag Behringen u. Gen. auf Einfügung des unbestimmt gehaltenen Relativsatzes »welche Geheimhaltung erfordern« sowohl beim Reichstage als auch bei der Regierung auf starke Bedenken gestoßen war. Bei der Diskussion über § 11 wurde auf der einen Seite von einem Abgeordneten (S. 148 f. Abg. Dr. Wagner) hervorgehoben, daß der Regierungsentwurf, der die Geheimhaltungspflicht schlechthin auf alle von dem Beamten bei der Verwaltung seines Amtes gemachten Wahrnehmungen erstreckte, den Beamten zur Verschweigung auch der allerunwichtigsten, ja sogar der in öffentlicher Sitzung in Erfahrung gebrachten Dinge,

[3]) Der Relativsatz ist vom Verf. gesperrt. — § 11 RBG. gilt gemäß § 1 des Kolonialbeamtengesetzes vom 8. VI. 1910 auch für die Kolonialbeamten.

[4]) Deutscher Reichstag, Sten. Ber. I. Leg.-Per. III. Sess. 1872. 1. B. S. 148 ff.



sowie selbst solcher Angelegenheiten verpflichte, zu deren Kenntnis der Beamte abgesehen von dem Dienstwege auch außeramtlich gelangt sei — eine Vorschrift, die den Beamten in eine vollständige soziale Abgeschlossenheit versetze. Auf der anderen Seite wurde von der Regierung (Dr. ACHENBACH, S. 149) darauf hingewiesen, daß einer derartigen Auslegung des § 11 doch schon durch die Formulierung des folgenden Paragraphen 12 vorgebeugt sei; denn die Bestimmung: »Ebenso haben Reichs-Beamte, auch wenn sie nicht mehr im Dienste sind, ihr Zeugnis in Betreff derjenigen Tatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Amts-Verschwiegenheit sich bezieht[5]), . . . zu verweigern«, anerkenne ja bereits die Möglichkeit des Vorkommens von Tatsachen, auf welche sich die Amtsverschwiegenheitspflicht nicht beziehe. — Im übrigen lassen sich aus der mündlichen Verhandlung über den § 11 und die beiden oben angeführten Amendements[6]) für die Auslegung jenes Paragraphen folgende Schlüsse ziehen:

1. Eine allgemeingültige Vorschrift der Geheimhaltung sämtlicher Amtsangelegenheiten für alle Reichsbeamten lag weder in der Absicht des Reichstags noch in der der Regierung; denn — so wurde mit Recht hervorgehoben — eine solche Vorschrift »hält gar kein Mensch aus« (Abg. GRUMBRECHT, S. 150), sie fordert zu Gesetzesüberschreitungen geradezu heraus und wird überhaupt nie beobachtet, so daß die Verfolgung einer Verschwiegenheitsverletzung im Einzelfall als bare Willkür empfunden wird. (Abg. MIQUÉL S. 151 bemerkte hierzu: . . »Wenn der § 11 so stehen bleibt, wie er steht, so mache ich mich anheischig, ohne besonderes Talent zum Staatsanwalt zu haben, jeden Beamten im preußischen Staate disziplinarisch verurteilen zu lassen.« . . »Eine solche Gesetzesvorschrift darf man nicht geben« . . . »Allzu scharf macht schartig.«)

2. Die Befugnis des einzelnen Vorgesetzten, im Verordnungswege Geheimhaltung zu fordern, wo er es für nötig hält, unterliegt nach dem RBG. keiner bestimmt formulierten Einschränkung. Vielmehr wurde gerade von dem geistigen Urheber des in den Gesetzestext nachträglich eingefügten Relativsatzes »deren Geheimhaltung von einem Vorgesetzten

[5]) Vom Verf. gesperrt.

[6]) A. a. O. S. 148—152.



vorgeschrieben ist« (dem Abg. Kanngiesser, a. a. O. S. 150) besonders betont, es sei durchaus nicht die Absicht gewesen, »die dienstlichen Vorgesetzten in generellen Instruktionen auf Geheimhaltung sämmtlicher Vorkommnisse innerhalb ihres Ressorts festzulegen«. Die Notwendigkeit, den Beamten dagegen zu schützen, daß der Vorgesetzte die Forderung der Geheimhaltung nicht »bis zum Unsinn« übertreibe (Abg. Frhr. v. Hoverbeck, S. 150, 152) ist bei den gesetzgeberischen Verhandlungen über diese Frage nur insoferne ausdrücklich als berechtigt anerkannt worden, als die Anordnung absoluter Amtsverschwiegenheit allgemein als eine Ausnahme bezeichnet wurde, die namentlich für den auswärtigen Dienst in Frage komme. — Hiernach läßt sich zusammenfassend feststellen: Die absolute Sekretierung aller mit einem bestimmten Dienstverhältnisse zusammenhängenden Angelegenheiten ist zwar rechtlich zulässig, soll aber nach der Absicht des Gesetzgebers auf seltene Ausnahmefälle beschränkt bleiben. —

Neben der unter I behandelten grundlegenden, die Amtsverschwiegenheitspflicht der Reichsbeamten statuierenden Vorschrift des § 11 des RBG. hat die Reichsgesetzgebung noch eine Reihe von weiteren Bestimmungen geschaffen, welche sich zum Teile nur mit der Amtsverschwiegenheitspflicht der Reichsbeamten, zum Teile auch mit der Geheimhaltungspflicht der Landesbeamten befassen. Als solche kommen folgende unter II und III angeführte Vorschriften in Betracht:

II. Die Vorschriften über gerichtliche und außergerichtliche Zeugen- und Sachverständigen-Vernehmungen [7]).

1. Die Bestimmungen über die gerichtlichen Zeugenver-

---

[7]) Die unten angeführten Vorschriften der ZPO. über den Zeugenbeweis und den Beweis durch Sachverständige finden auch in dem gerichtlichen Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (G. für die freiw. Gerichtsbarkeit v. 20. V. 1898, § 15), ebenso in dem Verfahren vor den Gewerbegerichten und den Kaufmannsgerichten (Gewerbegerichtsgesetz v. 29. IX. 1901 § 26, G. über Kaufmannsgerichte v. 6. VII. 1904 § 16), in Sachen der Reichs-Arbeiterversicherung (RVO. v. 19. VII. 1911, §§ 1571, 1574, 1628, 1652) und der Reichs-Angestelltenversicherung (G. v. 20. XII. 1911 § 243) sowie in zahlreichen anderen Verfahrensarten nach näherer Vorschrift des Reichs- und Landesrechts Anwendung; insbesondere gilt dies für die Angelegenheiten der Verwaltungsgerichtsbarkeit.



nehmungen lassen sich unterscheiden in solche über das Zeugnisverweigerungsrecht des Zeugen und in solche über das Fragerecht des Gerichts.

a. Bezüglich des Zeugnisverweigerungsrechts bestehen folgende Rechtssätze:

α) Die nachstehende, nur für Reichsbeamte gültige Bestimmung des § 12 Abs. 2 des Reichsbeamtengesetzes:

. . . „Reichsbeamte[8]) (s. c. haben), auch wenn sie nicht mehr im Dienste sind, ihr Zeugnis in Betreff derjenigen Thatsachen, auf welche die Verpflichtung der Amtsverschwiegenheit sich bezieht, insoweit zu verweigern, als sie nicht dieser Verpflichtung in dem einzelnen Falle durch die ihnen vorgesetzte oder zuletzt vorgesetzt gewesene Dienstbehörde entbunden sind."

β) Die für Reichs- und Landesbeamte aller Art in Betracht kommende Vorschrift des § 383 Abs. 1 ZPO.:

„Zur Verweigerung des Zeugnisses sind berechtigt:

. . . 5) Personen, welchen kraft ihres Amtes . . . Tatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch die Natur derselben oder durch gesetzliche Vorschrift geboten ist, in Betreff der Thatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht."

b. Auf das Fragerecht des Gerichts beziehen sich folgende Vorschriften:

α) Die nahezu wörtlich übereinstimmenden §§ 376 ZPO., 53 StPO., 189 MStGO. [9]):

„Oeffentliche Beamte, auch wenn sie nicht mehr im Dienste sind, dürfen über Umstände, auf welche sich ihre Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bezieht, als Zeugen nur mit Genehmigung ihrer vorgesetzten Dienstbehörde oder der ihnen zuletzt vorgesetzt gewesenen Dienstbehörden vernommen werden. Für den Reichskanzler bedarf es der Genehmigung des Kaisers, für die Minister der Genehmigung des Landesherrn, für die Mitglieder der Senate der freien Hansestädte der Genehmigung des Senats."

„Die Genehmigung darf nur versagt werden, wenn die Ablegung des Zeugnisses dem Wohle des Reichs oder eines Bundesstaates Nachtheil bereiten würde."

„Die Genehmigung ist durch das Prozeßgericht einzuholen und dem Zeugen bekannt zu machen."

---

[8]) Die Bestimmung lautet wörtlich: „Ebenso haben Reichsbeamte, auch wenn sie . . ." Dabei ist Bezug genommen auf den hier nicht abgedruckten § 12 Abs. 1, der für die Abgabe von außergerichtlichen Sachverständigengutachten die vorherige behördliche Genehmigung vorschreibt (vgl. unten S. 125).

[9]) Die einzigen Abweichungen der beiden letztgenannten Paragraphen gegenüber dem hier abgedruckten § 376 ZPO. bestehen darin, daß jenen der letzte Absatz des § 376 fehlt und daß in § 189 MStGO. hinter Beamte noch der Zusatz „und Personen des Soldatenstandes" eingeschaltet ist.



β) Der das Fragerecht des Gerichtes gegenüber den zur Verweigerung des Zeugnisses befugten Personen beschränkende § 383 Abs. 2 ZPO., der unter Bezugnahme auf die oben angeführte Vorschrift des § 383 Abs. 1 folgendes bestimmt:

... „Die Vernehmung der Nr. 5 bezeichneten Personen ist, auch wenn das Zeugniß nicht verweigert wird, auf Thatsachen nicht zu richten in Ansehung welcher erhellt, daß ohne Verletzung der Verpflichtung zur Verschwiegenheit ein Zeugniss nicht abgelegt werden kann".

2. Hinsichtlich der Erstattung von Sachverständigengutachten gelten für Reichs- und Landesbeamte in Ansehung der Amtsverschwiegenheitspflicht folgende reichsrechtliche Vorschriften:

a. Die gerichtliche Vernehmung als Sachverständiger steht in der angegebenen Richtung der Vernehmung als Zeuge vollkommen gleich: §§ 72, 53 StPO.; §§ 402, 376 ZPO.; §§ 208, 189 MStGO. Die typische Vorschrift des § 402 ZPO. lautet:

„Auf den Beweis für Sachverständige finden die Vorschriften über den Beweis durch Zeugen entsprechende Anwendung, insoweit nicht in den nachfolgenden Paragraphen abweichende Bestimmungen enthalten sind" [10]).

b. Die Erstattung von außergerichtlichen Sachverständigen-Gutachten ist reichsrechtlich nur der oben allegierten, lediglich für Reichsbeamte geltenden Einschränkung des § 12 Abs. 1 RBG. [11]) unterworfen. Für Landesbeamte sieht das Reichsrecht in dieser Richtung keine Einschränkungen vor, schließt sie aber auch nicht ausdrücklich aus, so daß die Landesgesetzgebung hierin freie Hand hat. Vgl. z. B. die der Vorschrift des § 12 Abs. 2 RBG. entsprechende Bestimmung des bayr. Beamtengesetzes v. 16. VIII. 1908 Art. 15.

Die im vorstehenden (d. h. unter II.) angeführten Be-

---

[10]) Bezüglich der Befugnis zur Verweigerung des Sachverständigengutachtens s. § 408 ZPO., § 76 StPO., § 212 MStGO.

[11]) Die Streitfrage, „ob die Reichsbeamten, die sich im dauernden oder einstweiligen Ruhestand befinden, außergerichtliche Gutachten ohne Genehmigung ihrer früheren Behörde erstatten dürfen" (s. BRAND RBG. S. 39) ist m. E. im Hinblick auf den Zusammenhang zwischen § 12 Abs. 1 und Abs. 2 RBG. und auf das Wesen der Amtsverschwiegenheitspflicht folgendermaßen zu beantworten: Die behördliche Genehmigung ist ohne Rücksicht auf das bestehende Ruhestandsverhältnis insoweit erforderlich, als die Bekundung von Tatsachen in Frage kommt, die der Amtsverschwiegenheitspflicht unterliegen; der Reichsbeamte, der sich gegen diesen Satz vergeht, ist disziplinarrechtlich verantwortlich.



stimmungen der drei Reichsprozeßordnungen lassen erkennen:

1. daß diese Gesetze ausnahmslos von der Voraussetzung der Amtsverschwiegenheitspflicht sämtlicher Reichs- und Landesbeamten ausgehen (vgl. §§ 376, 383 ZPO.; 53 StPO., 189 MStGO.);

2. daß sich die Amtsverschwiegenheitspflicht grundsätzlich nicht auf alle Amtsangelegenheiten erstreckt (vgl. die Formel der §§ 376 ZPO., 53 StPO., 189 MSGtO. »Umstände, auf welche sich ihre Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bezieht« und die beinahe gleichlautende Ausdrucksweise des § 12 Abs. 2 RBG., die schon bei Gelegenheit der Reichstagsverhandlungen über den Entwurf des RBG. von dem Regierungsvertreter in dem Sinne gedeutet wurde, daß es hiernach offenbar auch nicht-sekrete Amtsangelegenheiten gebe; vgl. oben S. 122);

3. daß die Amtsverschwiegenheitspflicht grundsätzlich auch nach der Auflösung des Dienstverhältnisses bestehen bleibt (s. die Formel der §§ 376 ZPO., 53 StPO., 189 MStGO. »der ihnen zuletzt vorgesetzt gewesenen Dienstbehörde«; vgl. bezüglich der Reichsbeamten außerdem noch § 12 Abs. 2).

III. Die besonderen Vorschriften für bestimmte Kategorien von Reichs- und Landesbeamten [12]):

---

[12]) Die Bestimmung des § 200 GVG. „Schöffen und Geschworene sind verpflichtet, über den Hergang bei der Beratung und Abstimmung Stillschweigen zu beobachten" hat hier keinen Platz, da den Schöffen und Geschworenen die Beamteneigenschaft fehlt. Die Verschwiegenheitspflicht der Richter (einschließlich der Handelsrichter) im GVG. ausdrücklich zu statuieren, wurde in den Motiven dieses Gesetzes mit der Begründung abgelehnt, daß diese „schon kraft ihrer amtlichen Stellung zur Amtsverschwiegenheit verpflichtet" seien. (Entwurf S. 96 zu § 163; Anl. „zu Nr. 4"; Reichstags-Verhandlg. 2. Leg.-Per. II. Sitzg.-Ber. 1874.) Der Reichsgesetzgeber ging also demnach beim Erlasse des GVG. in gleicher Weise wie beim Erlasse der drei Prozeßordnungen von der Selbstverständlichkeit der Verschwiegenheitspflicht der Reichs- und Landesbeamten aus. — Haas, Die Pflicht des Richters zur Amtsverschwiegenheit, Göttinger Dissertation 1912, (bes. S. 14) unterscheidet von der auf der Beamteneigenschaft beruhenden Pflicht der Richter und Handelsrichter zur Amtsverschwiegenheit noch eine eigenartige aus der besonderen Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Richteramtes sich ergebende richterliche Verschwiegenheitspflicht.

1. Für die Beamten im Dienste des Auswärtigen Amtes des Deutschen Reiches:

Reichsstrafgesetzbuch § 353a Abs. 1:

„Ein Beamter im Dienste des Auswärtigen Amtes des Deutschen Reiches, welcher die Amtsverschwiegenheit dadurch verletzt, daß er ihm amtlich anvertraute oder zugängliche Schriftstücke oder eine ihm von seinem Vorgesetzten erteilte Anweisung oder deren Inhalt Anderen widerrechtlich mitteilt, wird, sofern nicht nach anderen Bestimmungen eine schwerere Strafe verwirkt ist [13]), mit Gefängnis oder mit Geldstrafe bis zu fünftausend Mark bestraft."

2. Für die Post- und Telegraphenbeamten:

Reichsstrafgesetzbuch §§ 354 f.

§ 354. „Ein Postbeamter, welcher die der Post anvertrauten Briefe oder Pakete in anderen, als den im Gesetze vorgesehenen Fällen eröffnet oder unterdrückt, oder einem Anderen wissentlich eine solche Handlung gestattet, oder ihm dabei wissentliche Hilfe leistet, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft" [14]).

§ 355. „Telegraphenbeamte oder andere mit der Beaufsichtigung und Bedienung einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanstalt betrauten Personen, welche die einer Telegraphenanstalt anvertrauten Depeschen verfälschen oder in anderen, als den im Gesetze vorgesehenen Fällen eröffnen oder unterdrücken, oder von ihrem Inhalte Dritte rechtswidrig benachrichtigen, oder einem Anderen wissentlich eine solche Handlung gestatten oder ihm dabei wissentlich Hilfe leisten, werden mit Geängnis nicht unter drei Monaten bestraft."

Gesetz über das Postwesen vom 28. Okt. 1871.

§ 5. „Das Briefgeheimniß ist unverletzlich. Die bei strafgerichtlichen Untersuchungen und in Konkurs- und civilprozessualischen Fällen notwendigen Ausnahmen sind durch ein Reichsgesetz festzustellen [14a]). Bis zu dem Erlaß eines Reichsgesetzes werden jene Ausnahmen durch die Landesgesetze bestimmt."

Gesetz über das Telegraphenwesen vom 6. April 1892.

§ 8. „Das Telegraphengeheimniß ist unverletzlich, vorbehaltlich der gesetzlich für strafgerichtliche Untersuchungen, im Konkurse und in civil-

---

[13]) Vgl. namentlich die Bestimmungen des § 92 StGB. über den sog. diplomatischen Landesverrat, die aber nicht aufgebaut sind auf der Amtsverschwiegenheitspflicht; ferner Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse, vom 3. Juli 1893.

[14]) Vgl. auch § 5 des Postgesetzes vom 28. Okt. 1871 (s. unten). Die Anwendung des Postgesetzes ist selbstverständlich nicht auf Postbeamte beschränkt. Besondere instruktionelle Bestimmungen für die Postbeamten enthält u. a. die Postordnung für das Deutsche Reich vom 20. März 1900 und die Allgemeine Postdienstanweisung.

[14a]) Vgl. die Ueberweisungen bei SARTORIUS, Sammlg. v. staats- und verwaltungsrechtl. Reichsgesetzen, 4. A. (1914) S. 108.



prozessualischen Fällen oder sonst durch Reichsgesetz festgestellten Ausnahmen. Dasselbe erstreckt sich auch darauf, ob und zwischen welchen Personen telegraphische Mittheilungen stattgefunden haben" [15]).

3. Für die Beamten der Reichsbank:

Bankgesetz vom 14. März 1875.

§ 39. „Sämmtliche bei der Verwaltung der Bank als Beamte, Ausschußmitglieder, Beigeordnete betheiligten Personen sind verpflichtet, über alle einzelne Geschäfte der Bank, besonders über die mit Privatpersonen und über den Umfang des den letzteren gewährten Kredits Schweigen zu beobachten. Die Deputierten des Zentralausschusses und deren Stellvertreter, sowie die Beigeordneten bei den Reichsbankhauptstellen sind hierzu vor Antritt ihrer Funktionen mittelst Handschlags an Eidesstatt besonders zu verpflichten" [16]).

4. Für die mit der Durchführung der Reichs-Arbeiterversicherung und der Reichs-Angestelltenversicherung betrauten Versicherungsbehörden beziehungsweise deren Angestellte und Mitglieder kommen neben den auf sie gegebenenfalls anwendbaren Vorschriften des allgemeinen Reichs- oder Landesbeamtenrechts im besonderen noch die Vorschriften der Reichsversicherungsordnung vom 19. Juli 1911 und des Versicherungsgesetzes für Angestellte vom 20. Dezember 1911 über die Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, sowie von bestimmten Privatgeheimnissen (betreffend Krankheiten oder andere Gebrechen Versicherter) in Betracht. Vgl. RVO. §§ 142, 141; Versicherungsgesetz f. A. 1911 §§ 102, 349—353.

B. Das preußische Recht.

I. Das preußische Beamtenrecht entbehrt bisher einer einheitlichen gesetzgeberischen Zusammenfassung. Daher hat es unbeschadet der für einzelne Beamtenkategorien und für einzelne besondere Zwecke bestehenden Spezialvorschriften seine wesentlichste gesetzliche Grundlage auch heute noch in dem Allgemeinen Landrecht von 1794, Teil II. Tit. 10 »Von den Rechten und Pflichten der Diener des Staats«. Die hier interessierenden Bestimmungen dieses Gesetzes sind in der Hauptsache folgende:

---

[15]) Die Anwendung des Telegraphengesetzes ist selbstverständlich nicht auf Telegraphenbeamte beschränkt. — Einzelne instruktionelle Vorschriften s. in der Telegraphenordnung vom 15. Juni 1891.

[16]) Die besondere Verpflichtung fällt bei den Beamten weg, da diese als solche ohnehin schon zur Amtsverschwiegenheit verpflichtet sind.



„§ 1. Militär und Zivilbediente sind vorzüglich bestimmt, die Sicherheit, die gute Ordnung, und den Wohlstand des Staats unterhalten und befördern zu helfen."

„§ 2. Sie sind, außer den allgemeinen Unterthanenpflichten, dem Oberhaupte des Staats, besondere Treue und Gehorsam schuldig."

„§ 3. Ein jeder ist nach der Beschaffenheit seines Amtes und dem Inhalte seiner Instruktion dem Staate noch zu besonderen Diensten durch Eid und Pflicht zugethan."

Art. 108 der preuß. Verfassung vom 31. Januar 1850 verpflichtet die Staatsbeamten, die von ihnen übernommene Treue- und Gehorsamspflicht durch einen förmlichen Eid der Treue und des Gehorsams »zu bekräftigen«[17]).

Wie aus diesen Zitaten zu ersehen ist, ist die Amtsverschwiegenheit in den grundlegenden für das ganze Beamtentum maßgebenden Gesetzen nicht genannt.

II. Während die unter I. genannten, das eigentliche Fundament des ganzen Beamtenrechts bildenden Staatsgrundgesetze von 1794 und 1850 kein Wort von der Amtsverschwiegenheitspflicht als einer Grundpflicht des gesamten Beamtentums sagen, finden sich in den Gesetzessammlungen aus der Zeit vom 16. bis zum Ende des 18. Jahrhunderts zahlreiche besondere Anordnungen für bestimmte Beamte und für bestimmte Beamtenkategorien, durch welche diesen teils in dem breiten Rahmen von generellen Verfahrensvorschriften teils in der Form von speziellen Dienstinstruktionen oder Diensteiden die Pflicht der Amtsverschwiegenheit auferlegt wird. Die bedeutsamsten unter jenen Anordnungen sind die Bestimmungen der Allgemeinen Gerichtsordnung von 1793 (s. unter Ziff. 5). Es dürfte indessen von Interesse sein, daneben auch einige der Vorschriften aus früherer Zeit kennen zu lernen[18]):

---

[17]) Nach der VO., betr. die Vereidigung der Beamten in den mit der Preuß. Monarchie vereinigten Landesteilen, v. 22. I. 1867 (GS. 67, S. 132) lautet der Diensteid: „Ich NN. schwöre . . ., daß Seiner Kgl. Majestät . . . ich unterthänig, treu und gehorsam sein und alle mir vermöge meines Amtes obliegenden Pflichten nach meinem besten Wissen und Gewissen genau erfüllen will, so wahr mir Gott helfe usw." Wörtlich ebenso lautet — abgesehen von der Beifügung des Versprechens, auch die Verfassung gewissenhaft zu beobachten — der gem. VO. v. 6. V. 1867 für das übrige preußische Staatsgebiet vorgeschriebene Diensteid. (Vgl. auch Beschl. d. StM. v. 31. X. 1867, JMBl. S. 397.)

[18]) Ich führe hier namentlich solche Vorschriften an, welche die mir bekannte Literatur unbeachtet gelassen hat.



1. Churfürstliche Ordnunge der Cantzley, des Cammergerichts zu Berlin, de Anno 1562. (Mylius, Corp. Constitut. Marchicarum II. I. Nr. 10 S. 58.)

„Eß sollenn auch die Secretarien und schreiber, waß jhnen zu jeder Zeit zu concipiren, oder zu schreiben befolen wirt, in Unserer Cantzley durch sich selbest fertigenn, und dasselbe nicht mit sich heim nhemen, oder durch jre jungenn schreiben lassen, auch alles waß von unsern oder andern geheimenn sachen in die Cantzley kompt, vorschwiegen und geheim halten, und dasselbe wie bisher gescheen nicht ausbreiten."

2. In dem Articuls-Brief vor die Artillerie-Bediente in den Churfürstlichen Brandenburgischen Vestungen v. 1. I. 1672 (Mylius III. I S. 94f.) heißt es in dem »Büchsen-Meister-Eyd«:

„Ich NN. gelobe . . . da ich auch etwas sehen oder erfahren würde, welches Sr. Churfürstlichen Durchlauchtigkeit zu Schaden geriethe, solches jederzeit zu vermelden, und was ich an einem und dem andern im Zeug-Hause erfahren, und sehen würde, so Verschwiegenheit erfordert, dasselbe biß in meiner Sterbegrube verschwiegen halten . . ." [19]).

Dagegen steht nichts über Verschwiegenheit in dem »Eyd der Officirer und Soldaten zu Roß und zu Fuß« v. 22. III. 1672; ebenso wenig in demjenigen von 1656 (Churfürstl. Brandenburg. Kriegs-Recht oder Artikuls-Brief; Mylius III. I S. 70); indessen findet sich dort in Art. XC ein jede beliebige spätere Vermehrung der Dienstpflichten ermöglichender Vorbehalt:

„Da sichs begibt, daß in diesem Articuls-Briefe alles nicht enthalten, so hernechst durch Außblasen und Trommelschlagen promulgiret würde: So sol es also kräfftig und gültig seyn, als wäre es in demselben Wörtlich begriffen: Und sollen Officirer und Soldaten allem nachleben, bei Vermeydung der angedrohten Straffen: Wie Wir Uns dann hiermit vorbehalten, diesen Articuls-Brieff nach Gefallen zu ändern, zu mehren und zu mindern."

3. Aehnlich wie in dem unter 2 angeführten Büchsenmeisterseid heißt es in dem Eyd der Protonotare und Gerichtsschreiber nach der Neumärkischen Cammer-Gerichtsordnung v. 11. XII. 1700 (Mylius IV. I S. 244):

. . . „gelobe und schwere ich . . . mich der Cammer-Gerichts- und

[19]) Vgl. hierzu die Reichs-Hof-Rats-Ordnung von 1654, Tit. VII § 21, wonach die Reichs-Hof-Räte u. a. schwören „die Rats-Geheimnus bis in mein Gruben zu verschweigen".



Cantzeley-Ordnung, und was mir sonst aufferleget werden möchte, gemäß verhalten und insonderheit der gnädigsten Herrschaft geheime Händel, so viel mir derselben anvertrauet, oder ich sonsten erführe, bey mir biß in meine Grube verschwiegen behalten, . . .“

4. Die Kammer-Gerichtsordnung v. 1. III. 1709 (MYLIUS II. I S. 365) bestimmt bezüglich der Kammergerichtsräte in ihrem Tit. IV:

§ 19. „Endlich sollen Unsere Cammer-Gerichts-Räthe in Sachen, darinnen sie Richters-Stellung zu vertreten haben, keinem Theile consulendo an die Hand gehen, dasjenige aber, was beim Votiren vorkommet, verschwiegen halten, und ihrer Collegen Vota keinem offenbahren, auch übrigens in allen ihren Ambts-Verrichtungen und Geschäfften sich also erweisen, wie Sie es gegen Gott und Uns zu verantworten sich getrauen [20]), und wohin Sie in der Ihnen allergnädigst ausgereichten Bestallung angewiesen worden [21]), worauf Sie sich so dann Unserer Königl. Hulde und allergnädigsten Schutzes versichern können.“

Tit. VII und VIII a. a. O. enthalten besondere Vorschriften über bestimmte Einzelangelegenheiten aus dem Geschäftskreise der »Cammer-Gerichts-Canzelisten« und der »Cammer-Gerichtsdiener oder Bothen-Meister«, bezüglich deren von diesen Verschwiegenheit zu beobachten ist.

5. Aus der Preuß. Allg. Gerichtsordnung v. 6. VII. 1793 sind folgende Bestimmungen anzuführen (Th. III. Tit. 3 »Von dem Amt der Räthe bei den Justizcollegiis« [22]) §§ 18, 40):

„§ 18. Sämmtliche Räthe müssen über alle im Collegio vorkommende Angelegenheiten, besonders aber über ihre eigene sowohl, als über die Vota der andern Mitglieder, in streitigen Rechtssachen, ein gewissenhaftes Stillschweigen beobachten; die ihnen zugekommenen Akten, Dokumente, Schriften und Eingaben sorgfältig verwahren; selbige weder von den Ihrigen noch von Fremden lesen lassen; am allerwenigsten aber die ihnen zugeteilten Arbeiten und Geschäfte andern übertragen, oder deren Meinung, Rat und Gutachten darüber privatim einholen.“

„§ 40. Von Familien- und andern dergleichen Geheimnissen der Parteyen, welche bey Gelegenheit der Instruktionen zu ihrer Kenntnis gelangen, müssen die dazu deputirten Räthe, den Anweisungen § 25. 26. 27, gemäß, nur alsdann mit möglichster Schonung Gebrauch machen, wenn die

---

[20]) Hiermit wird deutlich auf die ethische Grundlage aller Beamtenpflichten hingewiesen.

[21]) Hierin liegt ein Hinweis auf die neben den ethischen Pflichten (Treupflicht) stehende Gehorsamspflicht.

[22]) In dem Tit. 2 „Von dem Amte der Präsidenten und Direktorum“ findet sich kein Wort über Amtsverschwiegenheit.



Bekanntwerdung derselben unumgänglich notwendig ist, um die Wahrheit rein, unverfälscht, und vollständig darzustellen, und den Richter in den Stand zu setzen, daß er das Factum, worauf es bey der Entscheidung des Rechtsstreits ankommt, gehörig übersehen und richtig beurteilen könne".

„Außer diesem Falle müssen die Räthe dergleichen Geheimnisse unter dem Siegel der unverbrüchlichen Verschwiegenheit bewahren, und sich besonders bei Strafe der unvermeidlichen Cassation, alles zu ihrem Privatnutzen, und zum Schaden der Partei abzielenden Gebrauchs derselben schlechterdings enthalten"[23]).

Th. III Tit. 5 »Von den Subalteren bei den Iustizcollegiis«.

„§ 2. Die allgemeine Pflicht aller dieser Subalternen ist: daß sie ihres Amtes treu und fleißig wahrnehmen; ... übrigens aber wegen der durch ihre Hände gehenden Sachen und Geschäfte, und über die zu ihrer Kenntnis gelangenden Vota, Beschlüsse und Verfügungen der Collegii ein genaues Stillschweigen beobachten, und besonders von letztern niemanden, weder den Parteien selbst, noch andern, von der Zeit etwas eröfnen oder communiciren sollen."

„§ 68. Die Canzellisten müssen sich aller familiairen Verbindungen mit den Parteyen und Sollicitanten, oder deren Angehörigen enthalten; selbigen den Inhalt der Dekrete, Berichte, und anderen Mundorum, vor deren legalen Insinuation nicht eröfnen; viel weniger ihnen vor- oder nachher die Originalien in die Hände geben; niemanden, er sey, wer es wolle, Abschriften von solchen Mundis, oder von anderen Aktenstücken, ohne Vorwissen und Genehmigung des Praesidenten ertheilen; und überhaupt von den durch ihre Hände gehenden, oder sonst zu ihrer Kenntnis gelangenden Geheimnissen der Partheyen, oder der Collegii, ein gewissenhaftes Stillschweigen beobachten"[24]).

Die gleichen Pflichten sind (ohne spezielle Benennung der Einzelpflichten) durch Allg. GO. III., Tit. 8, § 5 den Justizbedienten bei den Untergerichten auferlegt.

6. Endlich mag noch auf das Revidirte Ostpreuß. Landschafts-Reglement v. 24. XII. 1808 hingewiesen sein. Hier finden sich in Beil. 4 (G. S. 1808 S. 456 ff.) verschiedenerlei »Eides-Formulare« für den General-Landschafts-Direktor, für die Räthe der General-Landschafts-Direktion, für den General-Landschafts-Syndikus, ferner für 8 weitere Beamten-Kategorien. Die beiden erstgenannten Eides-Formulare enthalten nichts Ausdrückliches über die Verschwiegenheitspflicht, sondern zählen nur die wesentlichsten Dienstgeschäfte

[23]) Der § 40 der Allg. GO. v. 1793 hat den gleichen Wortlaut wie der § 55 in Buch I Th. III Tit. 3 des Corp. jur. Fridericianum von 1781.

[24]) Ueber die Bedeutung der Allg. Gerichtsordnung für die Verschwiegenheitspflicht der Richter s. namentlich Haas a. a. O. S. 16 f.



auf und verpflichten den Amtsinhaber im übrigen in allgemeiner gehaltenen Wendungen »den Pflichten (seines) Amts nach Vorschrift des Ostpr. Landschafts-Reglements, getreulich, lediglich nach Pflicht und Gewissen, ohne alle Nebenabsichten obzuliegen« (so Formular 2), nichts, was wider die Ehre, Pflicht und Rechenschaft ist, vorzunehmen (so Formular 1) und sich überhaupt in dem Amte »so zu betragen, wie es einem ehrlichen Manne und rechtschaffenen General-Landschafts-Direktor (bzw. »Landschaftsrath«) eignet und gebührt.« Aehnliches besagen die Formulare für den General-Landschafts-Rendant, den Kontrolleur, den Kassierer und den Kalkulator, für den Departements-Direktor und für die Landschaftsräthe usw. Dagegen statuiert das Formular für den General-Landschafts-Syndikus nach Aufzählung seiner Dienstgeschäfte ausdrücklich die Pflicht, »in dem allen die erforderliche Verschwiegenheit (zu) beobachten«. Ebenso schwören der Sekretär, der Registrator und die »Kanzellisten« mit allem, was durch ihre Hände geht »getreulich und verschwiegen zu Werke (zu) gehen«; und endlich hat selbst »der Aufwärter« unter Anrufung Gottes feierlich zu geloben, daß er »bei den Sessionen ordentlich aufwarten, über alles, was (ihm) davon zur Wissenschaft kommt, ein unverbrüchliches Stillschweigen beobachten, auf die Sicherheit und Reinlichkeit des Versammlungshauses ein wachsames Auge haben, und sich überall nach Pflicht und Gewissen so verhalten wolle, wie es einem ehrlichen Manne und rechtschaffenen Aufwärter gebührte«. —

Der Wortlaut der unter Ziff. 1 bis 6 angeführten Vorschriften, die natürlich nur als Stichprobe angesehen werden können, zeigt deutlich, daß die Pflicht zur Verschwiegenheit bei der Ausbildung des staatlichen Dienstrechts für den Justiz- und den Militärdienst sowie für einzelne Zweige des Zivildienstes eine sehr wichtige Rolle spielt. Die Einführung dieser Pflicht erfolgte, wie sich aus obigen Beispielen ergibt, in der Weise, daß sie den in den Staatsdienst aufgenommenen Personen teils durch den Erlaß von umfangreichen, für alle Staatsdiener gewisser Kategorien verbindlichen Dienstordnungen, teils durch die persönliche Inpflichtnahme und Vereidigung der einzelnen Beamten mit feierlichen Worten aus-



drücklich auferlegt wurde. Die Dienstgeheimnispflicht war also offenbar ursprünglich nichts Selbstverständliches, sondern bedurfte jeweils spezieller Anordnung; sie lebte sich aber auf diese Weise augenscheinlich so rasch ein, daß man bereits beim Erlasse des Allgemeinen Landrechts mit ihr als etwas Gegebenem rechnen konnte und später nur noch in einzelnen, besonderen Fällen an eine förmliche Auferlegung der Amtsverschwiegenheit dachte.

III. Während die unter II allegierten Vorschriften durchweg konstitutiven Charakter zeigen oder doch wenigstens äußerlich als Anordnungen erscheinen, durch welche neue Pflichten begründet werden, kommt den in der Judikatur und Literatur[25]) neben der Allg. Ger. Ordng. regelmäßig als einzige Rechtsquelle der Amtsverschwiegenheitspflicht angeführten Königlichen Kabinettsordres vom 31. Dezember 1825 (G. S. 1826 S. 5) und vom 21. November 1835 (G. S. 1835 S. 237) m. E. eine ganz andere Bedeutung zu.

Der Wortlaut der beiden häufig ungenau zitierten Verordnungen ist der folgende:

1. Allerh. KO. v. 31. XII. 1825, betr. eine Abänderung i. d. bish. Organisation der Provincial-Verwaltungsbehörden (G. S. 1826 S. 5 ff.)

Hier ist unter D hinsichtlich der Regierungen folgendes bestimmt:

X. „Zu den in der Instruktion von 1817[26]) § 38 bemerkten Handlungen der Beamten, welche ohne Nachsicht gerügt werden sollen, gehören auch Verschwendung, leichtsinnige Verschuldung und verletzte Amts-Verschwiegenheit. Es darf kein Beamter über das, was amtlich zu seiner Kenntniss kommt, an dritte Personen Mittheilung, oder gar etwas öffentlich bekannt machen. Thut er dies, so begeht er eine Pflichtverletzung, die nach der Grösse derselben mit verhältnismässiger Geldstrafe oder mit Entfernung aus dem Dienste im Disciplinarwege geahndet werden soll.“

[25]) Vgl. z. B. Brand a. a. O., S. 494 ff.; Hottenrot in der Monatsschrift für Deutsche Beamte, Jahrg. 1906, S. 252 ff.; RGStr. S. 28 S. 424 ff.; 37 S. 354.

[26]) Damit ist die Kgl. Instruktion zur Geschäftsführung der Regierungen in den Königlich-Preußischen Staaten v. 23. X. 1817, GS. S. 248, gemeint, wo es in § 38 heißt: „Gegen Beamte, welche lau in Erfüllung ihrer Pflichten sind, sie vernachlässigen oder gar absichtlich verletzen, oder ihr Amt dazu missbrauchen, um ihren Eigennutz oder andere Privatleidenschaften und Nebenrücksichten zu befriedigen, muss ohne die geringste Nachsicht . . . verfahren . . . werden.“



2. Die Allerh. KO. v. 21. XI. 1835, die Amtsverschwiegenheit der öffentlichen Beamten betr. (G. S. S. 237), besagt folgendes [27]):

„Obgleich Gesetze und Dienst-Instruktionen den öffentlichen Beamten Verschwiegenheit über Gegenstände ihres Amtes zur Pflicht machen, so habe ich doch missfällig in Erfahrung gebracht, dass diese Pflicht aus den Augen gesetzt, über dergleichen Gegenstände ohne amtliche Veranlassung, mündliche und schriftliche Mittheilungen gemacht und solche selbst zur Publizität gebracht worden. Eine solche Verletzung der gesetzlichen Vorschriften ist nicht länger zu dulden; das Staatsministerium hat daher diese Missbräuche abzustellen und zu veranlassen, daß die Departementschefs nicht nur ihren untergeordneten Behörden und Beamten die im Interesse des Dienstes unerläßliche Verschwiegenheit wiederholend und ernstlich einschärfen, sondern auch die geeigneten Anordnungen treffen, um die genaue Beobachtung derselben zu sichern und die Propagation amtlicher Verhandlungen zu verhindern. Die Departements-Chefs haben auf die Befolgung dieser für die Beamten aller Kategorien geltenden Vorschrift mit Ernst und Sorgfalt zu halten, die Beamten, welche dieselbe verletzen, unnachsichtlich zur Verantwortung und Bestrafung zu ziehen und Mir anzuzeigen, damit sie, dem Befinden nach, neben der verwirkten Strafe, ohne Pension aus dem Dienste entfernt werden. Ich beauftrage das Staatsministerium die gegenwärtige Order durch die Gesetzsammlung zur allgemeinen Kenntnis zu bringen.“

IV. Die vorstehenden Kabinettsordres von 1825 und 1835 lassen nach Fassung und Inhalt keinen Zweifel darüber aufkommen, daß ihre Bestimmung eine durchaus andere ist als die der oben unter II angeführten Vorschriften. Ihre Adresse ist nicht die der geheimhaltungspflichten Beamten, sondern die der Aufsicht- und Disziplinarbehörden. Weit davon entfernt, an die Neueinführung einer als längst bestehend vorausgesetzten Pflicht für die Beamten zu denken, verfolgen die beiden Kabinettsordres lediglich den Zweck, die vorgesetzten Behörden für die Zukunft zur schärferen Ahndung der bisher offenbar vielfach unbestraft gebliebenen Amtsverschwiegenheitsverletzungen ihrer Untergebenen anzuhalten. Die beiden Verordnungen können daher zwar als Beweis dafür angesehen werden, daß die Amtsgeheimnispflicht zur Zeit ihres Erlasses allgemein als eine Pflicht des preußischen Beamten anerkannt war, sie kommen aber nicht unmittelbar als rechtliche Grundlage dieser Pflicht in Betracht.

Die Frage nach der Quelle der Amtsverschwiegenheits-

[27]) Die Formalien sind weggelassen.



pflicht und nach Namen und Art der in der Kabinettsordre vom 21. XI. 1835 erwähnten, aber nirgendswo näher bezeichneten »Gesetze und Instruktionen«, die den öffentlichen Beamten — wie es dort heißt — »Verschwiegenheit über Gegenstände ihres Amtes zur Pflicht machen«, läßt sich also nicht einfach durch den Hinweis auf jene Kabinettsordre erledigen. Ebenso wenig genügt zur Beantwortung dieser Frage die herkömmliche Verweisung auf die Allgemeine Gerichtsordnung von 1793, durch welche — wie oben gezeigt wurde — lediglich einzelne bestimmte Kategorien von Justizbeamten der Verschwiegenheitspflicht unterworfen werden. Endlich bildet auch die häufig geübte »analoge« oder »sinngemäße« Anwendung des § 11 des Reichsbeamtengesetzes keine genügende Unterlage, um hierauf die Amtsgeheimnispflicht der preußischen Beamten zu stützen [28]). Vielmehr muß einfach offen anerkannt werden, daß dem preußischen Recht ein für alle Beamten verbindliches ausdrückliches Gebot der Amtsverschwiegenheit bisher schlechthin fehlt.

Nachdem diese Feststellung getroffen worden ist, muß nochmals auf die oben unter II und III allegierten Vorschriften zurückgegriffen werden. Sie stammen zum Teil aus der Zeit der privatrechtlichen Auffassung des Staates und des Staatsdienertums, zum Teile sind sie bereits ein Ergebnis der neueren öffentlichrechtlichen Anschauungen. Bezüglich der ersteren besteht, wie schon oben betont wurde, kein Zweifel darüber, daß sie konstitutive Bedeutung haben. Sie haben den Zweck, dem Beamten Pflichten aufzuerlegen, die der Staat in seinem Interesse für notwendig hielt, und zu deren Begründung ihm in jener Zeit gar kein anderes Mittel zur Verfügung stand, als das damals gewählte: Der Staat paktiert mit seinen Untertanen und veranlaßt sie dadurch, Pflichten auf sich zu nehmen, durch deren Verletzung sie sich dem Staate öffentlichrechtlich verantwortlich machen [29]). Der Gedanke, daß der Untertan als solcher, das heißt unmittelbar auf Grund seiner Untertaneneigenschaft, dem Staate zur Uebernahme derartiger Pflichten verbunden sei, ist der privatrechtlichen Staatsauf-

---

[28]) Vgl. RG.Str.S. 28. 426; C.S. 35. 403 und die dortigen Verweisungen.

[29]) Abmachungen mit ähnlichen Wirkungen kommen auch heute vielfach vor, so z. B. beim Abschlusse von Lieferungsverträgen für Heer und Marine unter dem Gesichtspunkte des § 92 Ziff. 1 StGB.

fassung selbstverständlich fremd. Auf einem ganz anderen Standpunkte stehen dagegen die seit dem Ende des 18. Jahrhunderts und später erlassenen Vorschriften. Sie sind berechtigt, mit der um jene Zeit bereits in immer weitere Kreise dringenden Erkenntnis von dem wahren Wesen des Staates, seiner Aufgaben und seiner Forderungen zu rechnen, und können somit von dem Gedanken der Selbstverständlichkeit gewisser Untertanenpflichten und damit auch gewisser Beamtenpflichten ausgehen. Die wichtigste dieser Pflichten ist die Pflicht, den Staat zu fördern und vor Nachteil zu schützen: Die Treupflicht. Sie ist die erste Grundlage sowohl der Staatsbürgerpflicht wie auch der Beamtenpflicht, die sich ihrem Wesen nach als eine gesteigerte Untertanenpflicht darstellt. Aus ihr, als der Urquelle aller Einzelpflichten des Beamten läßt sich jede mit dem Staatsdienste zusammenhängende Forderung des Staates gegen seinen Beamten begründen [30]; aus ihr ergibt sich auch die selbstverständliche Pflicht des Beamten, über alle jene Angelegenheiten Verschwiegenheit zu bewahren, deren Bekanntwerden die Interessen des Staates gefährden würde [31]).

---

[30]) Die Treupflicht spielt in bezug auf die Entwicklung der Beamtenpflichten m. E. eine ähnliche Rolle, wie OTTO MAYER sie in seinem Verwaltungsrecht 2. A. 1914 B. I S. 30 dem jus politiae in bezug auf die Entwicklung der Landeshoheit zuschreibt.

[31]) Auch nach der Ansicht LABANDS und zahlreicher anderer Schriftsteller ist die Pflicht zur Verschwiegenheit in der Pflicht zur Treue enthalten (s. LABAND, Reichsstaatsrecht, 5. A., B. I (1911) S. 459 und die Quellenangaben daselbst. Bezüglich der Meinung OTTO MAYERS s. dessen Verwaltungsrecht B. II. S. 195). Die Gründe, welche REHM (Die rechtliche Natur des Staatsdienstes, Annalen 1885 S. 83 ff.) veranlassen, die Treupflicht nur als eine Gewissenspflicht, nicht aber auch als Rechtspflicht anzuerkennen, vermögen mich nicht zu überzeugen. Namentlich steht die Behauptung REHMS (S. 86), der Beamte wahre die Amtsgeheimnisse „weil ihm dies vom Dienstherrn zu tun befohlen ist", in unlöslichem Widerspruch mit dem Staatsrecht aller derjenigen Staaten, die — wie Preußen und Hessen — einer positiven Anordnung der Geheimhaltungspflicht entbehren, wo sich also diese Pflicht unabhängig von der Gehorsamspflicht entwickelt hat. Auch die Ansicht, daß die Treuepflicht im Gegensatze zu den übrigen Staatsdienerpflichten erst durch den Diensteid begründet werde (a. gl. Orte), halte ich nicht für begründet. Der Staatsdienereid wirkt hinsichtlich aller darin aufgezählten Pflichten nicht konstitutiv, sondern lediglich als Bekräftigung. Oder soll etwa ein preußischer oder hessischer Beamter, dessen Beeidigung, wie es nicht selten vorkommt, erst längere Zeit nach

Die Schlußfolgerung aus der Gegenüberstellung der älteren und der neueren beamtenrechtlichen Vorschriften Preußens ist also die folgende: Die Verschwiegenheitspflicht des Staatsdieners beruht ursprünglich auf ausdrücklicher Uebernahme dieser Pflicht durch den Beamten; diese Uebernahme erfolgte entweder mittels freiwilliger Unterwerfung unter die für die

---

seinem Diensteintritt stattfindet, von der Amtsverschwiegenheit inzwischen befreit sein? — Endlich möchte ich gegen die Eliminierung der Treupflicht aus dem Amtspflichten-Codex noch ein praktisches Bedenken vorbringen, welches gerade REHMS eingehende Ausführungen (a. a. O. S. 86 f.) selbst nahelegen. REHM sagt mit Recht: „Die Treue handelt nach subjektivem Ermessen und ist so der gerade Gegensatz zum Gehorsam, der allein nach Befehlen handelt. Die Treue handelt so, wie es dem eigenen Ermessen am besten scheint, mag dies nun dem Befehl sogar direkt widersprechen; für die Treue ist allein das Interesse des andern maßgebend, nicht dessen Befehl". Sollen wir diese Treue, die das Staatsinteresse über alles stellt, aus den Rechtspflichten der Beamten ausscheiden? Als einen wichtigen positiven Beweis dafür, daß die Praxis (einschließlich der Gesetzgebung) die Amtsgeheimnispflicht im Gegensatz zu REHM S. 83 ff. nicht aus der Gehorsamspflicht, sondern aus der Treupflicht ableitet, möchte ich die Tatsache anführen, daß die Amtsverschwiegenheitspflicht überall, sei es nach Gesetz, sei es nach Gewohnheitsrecht, auch nach Auflösung des Dienstverhältnisses fortdauert. Diese Fortdauer der Geheimhaltungspflicht läßt sich m. E. nur aus der Treupflicht erklären, während sie der Ableitung aus der Gehorsamspflicht direkt widerspricht. Denn da die letztere Pflicht, wie REHM richtig ausführt (S. 84) eine „in bezug auf ein Staatsamt bestimmte und begrenzte" Pflicht ist, so muß sie in dem Augenblicke aufhören, wo die rechtlichen Beziehungen des einstmaligen Staatsdieners zu jenem Amte gelöst sind. Wenn ich aus dem Dienste eines Staates pure ausgeschieden bin — nehmen wir an unter Verzicht auf Rang, Titel und alle vermögensrechtlichen Ansprüche — so kann mich kein gehorsamheischender Befehl dieses Staates mehr erreichen; und dennoch bleibt die Amtsverschwiegenheitspflicht bestehen! Ich kann dafür keine andere Erklärung finden als die, daß die Verschwiegenheitspflicht auf der Treuepflicht basiert, welche ihrem Wesen nach zeitlich unbegrenzt ist. (Vgl. auch unten S. 158.) Die Erklärung SEYDELS (Bayr. Staatsrecht, 2. A. 1896, B. II S. 221) „Diese Pflicht überdauert naturgemäß den Bestand des Dienstverhältnisses; denn sie hat ihren Grund darin, daß Dinge, welche der öffentliche Diener zufolge dieser seiner Eigenschaft erfährt, also das im Dienste erworbene Wissen hievon, nicht zur freien persönlichen Verfügung desselben stehen", halte ich für ganz unbefriedigend. Sie wird von PILOTY in dessen Neubearbeitung des Seydelschen Staatsrechts aufgenommen, obwohl sich PILOTY insoferne von SEYDEL entfernt, als er dessen rein negative Bemerkungen über die Treupflicht als besondere Staatsdienerpflicht ausschied. Vgl. PILOTY, bayr. StR. I S. 714; Jahrb. f. öff. R. III S. 263.



Inhaber bestimmter Dienststellungen erlassenen Dienstordnungen oder durch Ableistung des vorgeschriebenen Diensteides. Im Laufe der späteren Entwicklung bürgert sich teils infolge des allmähligen Sieges der modernen Staatsauffassung, teils wohl auch infolge der jahrhundertelangen Gewöhnung an die tatsächliche Wahrung des Dienstgeheimnisses, bei Regierung und Beamtentum der Gedanke ein, daß die Amtsverschwiegenheit eine selbstverständliche Pflicht jedes Beamten sei, die sich ohne weiteres aus der Treuepflicht, d. h. aus der Verpflichtung, alles dem Staatswohle Nachteiliges zu unterlassen, ergebe. Dieser Gedanke führt dazu, daß die neueren beamtenrechtlichen Bestimmungen die Geheimnispflicht entweder überhaupt nicht erwähnen — so die einschlägigen Vorschriften des Allgemeinen Landrechts und der preuß. Verfassungsurkunde —, oder daß sie auf dieselbe nur aus Anlaß bestimmter Zuwiderhandlungen gegen jene Pflicht als auf etwas Selbstverständliches Bezug nehmen — so die beiden Kabinettsordres von 1825 und 1835 — oder daß sie nur eine nähere Präzisierung des Umfanges und Gegenstandes der Amtsverschwiegenheitspflicht für bestimmte Beamtenkategorien enthalten.

Die einzige wahre Quelle der Amtsverschwiegenheitspflicht ist demnach in Preussen die Rechtsgewohnheit, welche in der Amtsverschwiegenheit eine selbstverständliche Folge der Treuepflicht sieht. (Vgl. auch RÖNNE-ZORN, Das Staatsrecht d. preuß. Monarchie, 5. Aufl. (1899) B. II, S. 463, sowie BRAND, Preuß. Beamtenrecht (1914) S. 194, der die Preisgabe von Amtsgeheimnissen ausdrücklich als Verletzung der Treupflicht bezeichnet).

C. Bayern.

Das bayerische Beamtenrecht hat in dem Beamtengesetz vom 16. August 1908 eine gesetzgeberische Kodifikation von beneidenswerter Vollständigkeit und in dem Kommentare von REINDL [32]) und den einschlägigen Studien PILOTYS [33]) eine

[32]) MAX REINDL, Kommentar zum bayr. Beamtengesetz vom 16. August 1908, München 1914.

[33]) Vgl. namentlich ROBERT PILOTY, Neubearbeitung des Bayr. Staatsrechts von Max von Seydel, B. I Die Staatsverfassung, Tübingen 1913,



wissenschaftliche Behandlung von vorbildlicher Gründlichkeit erfahren. Wir können uns daher auf den einfachen Abdruck der in Frage kommenden Gesetzesbestimmungen und auf die kurze Feststellung beschränken, daß das bayerische Recht im wesentlichen vollkommen mit dem Reichsrecht übereinstimmt:

Art. 14. „Der Beamte hat über die ihm vermöge seines Amtes bekannt gewordenen Angelegenheiten, deren Geheimhaltung ihrer Natur nach erforderlich oder von seinem Vorgesetzten vorgeschrieben ist, Verschwiegenheit zu beobachten, auch wenn das Dienstverhältnis gelöst ist“ [34]).

Art. 15. „Dem Beamten ist es untersagt, ohne Erlaubnis der vorgesetzten Behörde als Sachverständiger außergerichtliche Gutachten abzugeben.“

D. Sachsen.

Das Staatsbeamtenrecht des Königreichs Sachsen beruht auf einer Kodifikation vom Jahre 1835 [35]). Der § 7 des sächsischen Staatsdienergesetzes enthält die bei der Formulierung des § 11 des Reichsbeamtengesetzes verwendete Bestimmung:

„Jeder Beamte hat die Pflicht, die ihm vermöge seines Amts bekannt gewordenen und Geheimhaltung erfordernden Gegenstände niemanden zu offenbaren“ [36]).

E. Württemberg; F. Baden.

Das württembergische Beamtengesetz vom 28. Juni 1876, Art. 5, und das badische Beamtengesetz vom 24. Juli 1888 i. d. F. v. 12. August 1908, § 9, haben die Amtsverschwiegenheitspflicht im wesentlichen im Einklang mit dem § 11 des Reichsbeamtengesetzes geregelt [37]).

S. 667—833 u. ROBERT PILOTY, Das Recht der Staatsdiener in Bayern, i. Jahrb. d. öff. R. III (1909) S. 219—333.

[34]) Dieser Artikel deckt sich inhaltlich vollkommen mit Art. 106 Abs. 1 des bayr. AG. zur StPO. vom 18. VIII 1879.

[35]) Vgl. OTTO MAYER, Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen. Oe. R. d. G. IX, Tübingen 1909, S. 232 ff. und OTHMAR FESSLER, Die Entwicklung des sächsischen Staatsdienerrechts i. 19. J., (Heft VI d. „Rechtseinheit“, hgg. v. Kohler u. Stier-Somlo), Berlin 1910.

[36]) Diese Vorschrift steht im Einklang mit mehrfachen speziell für die Justizbehörden erlassenen Bestimmungen aus älterer und neuerer Zeit; vgl. FESSLER a. a. O. S. 79 und 99.

[37]) Vgl. Göz, Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg Oe.R. d.G; B.II, Tübingen 1908, S. 180; WALZ, Das Staatsrecht des Großherzogtums Baden, Oe.R.d.G; B.V. Tübingen 1909, S. 138, 146. — Die badische landesherrliche Verordnung die Pflichten der Beamten betreffend, vom



G. Hessen.

Das Beamtenrecht Hessens entbehrt bisher ebenso wie dasjenige Preußens einer einheitlichen Kodifikation [38]. Seine eigentliche Grundlage bildet auch heute noch das aus vorkonstitutioneller Zeit stammende Edikt über die öffentlichen Dienstverhältnisse der Zivil-Staats-Beamten vom 12. April 1820 (RBl. S. 189); dieses enthält jedoch keine positiven Bestimmungen über Beamtenpflichten, sondern beschränkt sich in dieser Richtung auf die Androhung von Disziplinarstrafen wegen »Fahrlässigkeit, Ungehorsam und Unfleiß und andern dienstwidrigen oder das Subordinations-Verhältnis im Dienst verletzenden Handlungen« und wegen eines Benehmens, »welches das bei Ausübung des Staatsamts erforderliche Ansehen und Zutrauen schwächt, oder mit der besondern bürgerlichen Dienstehre unvereinbar ist.« (Art. 24, 25 a. a. O.). Obgleich dem hessischen Beamtenrecht mithin eine geschriebene Vorschrift, welche die Amtsverschwiegenheitspflicht der Staatsbeamten aller Kategorien ausdrücklich statuiert, fehlt [39], kann doch kein Zweifel darüber obwalten, daß diese Pflicht von Rechts wegen in Hessen ebenso wie in den übrigen deutschen Staaten besteht [40]. Als Quelle dieser Pflicht ist die im Wesen des Staatsdienerverhältnisses begründete Treupflicht anzusehen [41], welche durch den in der hessischen Verfassung vorgeschriebenen, von allen Staatsdienern bei ihrer Anstellung

---

27. XII. 1889/14. XII. 1892 (G. u. VBl. 1892 S. 625), enthält eingehende Vorschriften über das Amtsgeheimnis, namentlich über dessen Wahrung im Falle der Einvernahme von Beamten als Zeugen und im Falle der Abgabe von außergerichtlichen und gerichtlichen Gutachten durch Beamte.

[38]) Vgl. van Calker, Das Staatsrecht des Großherzogtums Hessen, Oe. R. d. G; B. XIX, Tübingen 1913, S. 99 ff.; Wiegand, Das hessische Staatsbeamtenrecht, Giessener Dissertation 1907. Bezüglich der geplanten Reform s. den Gesetzentwurf, betr. Dienstverhältnisse der Staatsbeamten, Landtagsverhandlungen 1905/06, II. Kammer, Drucks. Nr. 207.

[39]) Vgl. dagegen den Art. 6 des vorbez. Gesetzentwurfes.

[40]) Im gleichen Sinne äußern sich ohne Widerspruch Cosack, Staatsrecht des Großh. Hessen, 1894, S. 46; Küchler (Braun und Weber), Das Verfassungs- und Verwaltungsrecht d. Großh. Hessen, 1894, B. I S. 144; van Calker a. a. O. S. 103; Wiegand a. a. O. S. 50—53 (mit ausführlicher Begründung.)

[41]) Vgl. die Ausführungen über die allgemeine Bedeutung der Treupflicht oben S. 137 f.



abzuleistenden Staatsbürgereid noch eine besondere Bekräftigung erhält (vgl. Hess. Verf. Art. 108, 109). Als Beweis für die gewohnheitsrechtliche Anerkennung der Amtsgeheimnispflicht der hessischen Beamten kommen namentlich das unten besprochene Publikandum vom 7. Dezember 1829 und der Landtagsabschied von 1830, § 40 [42]), sowie das hessische Strafgesetzbuch vom 17. September 1841, Art. 449 [42a]), und neuerdings der noch unerledigte Gesetzesentwurf, betreffend Dienstverhältnisse der Staatsbeamten, vom Jahre 1905 in Betracht.

Zusammenfassung. Das Ergebnis der Zusammenstellung des im Deutschen Reiche und in den sechs größeren deutschen Staaten bestehenden Rechtszustandes ist mit kurzen Worten folgendes:

Das Deutsche Reich hat seinen Beamten die Pflicht zur Wahrung der Amtsverschwiegenheit ausdrücklich als Amtspflicht auferlegt. Das gleiche haben Bayern, Sachsen — dieses schon im Jahre 1835 — Württemberg und Baden getan. Preußen und Hessen, die im Gegensatz zu den vorgenannten Staaten bisher einer einheitlichen Kodifikation des Beamtenrechts entbehren, haben demgemäß keine geschriebene Vorschrift, welche ihre Beamten allgemein zur Wahrung des Dienstgeheimnisses verpflichtet; Wissenschaft und Praxis lassen aber keinen Zweifel übrig, daß die Amtsverschwiegenheitspflicht den preußischen und den hessischen Beamten kraft Gewohnheitsrechts in gleicher Weise obliegt wie den Beamten der anderen obengenannten deutschen Staaten. Als Beweis hierfür kann die allgemeine Rechtsüberzeugung angesehen werden, die sich abgesehen von der Praxis und Literatur der beteiligten Staaten insbesondere in einer Reihe von Reichsgesetzen, namentlich in den Bestimmungen der Reichsprozeßgesetze über Zeugen- und Sachverständigen-Vernehmungen, äußert. Diese Rechtsüberzeugung ist dem Rechte aller deutschen Staaten gemeinsam [43]).

[42]) Vgl. unten S. 156.

[42a]) Vgl. WIEGAND a. a. O. S. 51.

[43]) Vgl. z. B. MEYER-ANSCHÜTZ, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 6. A., 1905, S. 512. Vgl. auch SPAHN (Staatslexikon I (1911) S. 1282), der das Dienstgeheimnis als Ausfluß „einer mit jeder Anstellung übernommenen Verpflichtung, nicht zum Nachteil des Anstellenden tätig sein zu wollen" erklärt.

II. TEIL. AUSFÜHRUNG.

Die Ergebnisse der oben angestellten Untersuchung über die rechtlichen Grundlagen der Amtsverschwiegenheitspflicht im Deutschen Reiche und in den größeren deutschen Staaten geben die Möglichkeit, nunmehr eine Reihe von Einzelfragen bezüglich der Bedeutung und des Umfanges dieser Pflicht von bestimmten, einheitlichen Gesichtspunkten aus in allgemeingültigen, nicht nur auf die speziellen Vorschriften eines bestimmten einzelnen Staates abgestellten Ausführungen zu beantworten.

I. Gegenstand der Amtsverschwiegenheitspflicht.

1. Wenn man die Amtsverschwiegenheitspflicht, gleichgültig, ob sie in der Gesetzgebung ausdrücklich statuiert worden ist oder nicht, als eine auf der Treupflicht des Beamten beruhende selbstverständliche Pflicht jedes Beamten gegenüber dem Staate ansehen darf [44]), so muß es möglich sein, die Grenzen dieser Pflicht — vorbehaltlich etwaiger entgegenstehender ausdrücklicher Gesetzesvorschriften — unmittelbar aus dem Begriffe der »Amtsverschwiegenheit« oder des »Amtsgeheimnisses« abzuleiten. Als »Amtsgeheimnis« oder als »Angelegenheiten der Amtsverschwiegenheit« sind nach dem Sprachgebrauch alle diejenigen Angelegenheiten zu betrachten, die nur zur Kenntnis des betreffenden Amtes, d. h. der zuständigen amtlichen Stellen und Bediensteten [45]), bestimmt sind; ähnlich, wie wir als »Privatgeheimnis« diejenigen Sachen bezeichnen, die ausschließlich den beteiligten Privatpersonen (im Sinne von »Nicht-Amtspersonen«) nicht aber beliebigen Dritten, bekannt sein sollen [46]). Hieraus ist zu ersehen, daß

[44]) Vgl. hierüber oben S. 137.

[45]) Vgl. auch unten S. 161.

[46]) Vgl. die klar formulierten Ausführungen FINGERs in dessen Abhandlung „Der Geheimnisbruch", Vergl. Darstellung des D. u. Ausl. Strafrechts, Bes. Teil VIII S. 295 f.: „Geheim, Geheimnis ist ein Begriff mit negativem Inhalt; geheim ist, was nicht allgemein, nicht von einem unbestimmten Kreis von Personen, sondern nur von einem oder einzelnen gewußt wird. Man kann das Geheimnis im engeren Sinne des Wortes, das, wovon nur ein einzelner weiß, vom Familiengeheimnis, Amtsgeheimnis, Geschäftsgeheimnis usw., d. i. von Tatsachen unterscheiden, die von den mehreren einem bestimmten Kreise Angehörigen gewußt werden".



es für die Beantwortung der Frage, ob eine Angelegenheit überhaupt rechtlich als »Gegenstand der Amtsverschwiegenheit« in Betracht kommen kann, zunächst weniger auf die Natur der betreffenden Angelegenheit, als vielmehr darauf ankommt, ob die Kenntnis der fraglichen Angelegenheit Amtssache ist. Letzteres ist offenbar nur dann der Fall, wenn zwischen dem Innehaben des in Frage stehenden Amtes und dem Kennenlernen der fraglichen Angelegenheit ein bestimmter, vom Staate gewollter Kausalzusammenhang besteht, wenn also das Kennenlernen nicht etwa bloß »gelegentlich«, sondern — wie einzelne Beamtengesetze es ausdrücken [47]) — vermöge des Amtes, d. h. auf Grund der rechtlichen Autorität oder Zuständigkeit des betreffenden Beamten, erfolgt: Was dem Beamten aus anderem Anlasse als in legalem Zusammenhange mit seiner Organstellung bekannt wird, das bildet grundsätzlich keinen Gegenstand der Amtsverschwiegenheit [48]). Daher wird beispielsweise, in Anbetracht dessen, daß ein Finanzbeamter normalerweise auf Grund seiner Dienststellung keine Kenntnis von der Strafliste eines beliebigen Steuerpflichtigen, und ebenso ein Landgerichtsrat keine Kenntnis von der Kandidatenliste für die Besetzung einer theologischen Professur haben wird, die zufällige, — wenn auch auf der Mitteilung eines Beamten beruhende — Kenntnis dieser Angelegenheiten jene Beamten nicht zu deren Geheimhaltung verpflichten [48a]). Auf der anderen Seite muß, um Irrtümer auszuschließen, ausdrücklich festgestellt werden, daß die Amtsverschwiegenheit selbstverständlich nicht nur für solche Angelegenheiten in Betracht kommen kann, die un-

[47]) s. RBG. § 11, oben S. 121, bayr. BG. Art. 14.

[48]) Die Behauptung REINDLS a. a. O. S. 86 Anm. 2, daß die Geheimnispflicht sich auch auf diejenigen Angelegenheiten erstrecke, die der Beamte „nur bei Gelegenheit oder in Veranlassung der Ausübung seines Amtes, z. B. durch Mitteilung anderer Beamter“ erfahren hat, halte ich ohne präzisere Erklärung der Ausdrücke „bei Gelegenheit“ und „in Veranlassung“ für irreführend. Wenn z. B. der Postbote bei Gelegenheit der Postzustellung von einem Amtsdiener irgend ein Gerichtsgeheimnis erzählt bekommt, dann bedeutet dieses für ihn sicherlich kein Amtsgeheimnis. Vgl. auch die Beispiele im Text.

[48a]) Damit ist selbstverständlich nicht gesagt, daß die betreffenden Beamten im Falle indiskreter Behandlung jener Angelegenheiten nicht etwa wegen Verletzung der Pflicht zum achtungswürdigen Verhalten disziplinär geahndet werden könnten.



mittelbar von dem betreffenden Beamten selbst zu erledigen oder überhaupt irgendwie geschäftlich zu behandeln sind. Vielmehr kommt es häufig vor, daß für einen Beamten Angelegenheiten, mit deren geschäftlicher Erledigung er grundsätzlich nichts zu tun hat, oder die zu einer amtlichen Behandlung überhaupt ungeeignet sind, lediglich dadurch den Charakter von geheimzuhaltenden Angelegenheiten annehmen, daß sie ihm vermöge seines Amtes bekannt werden. Hierher gehören namentlich vielfach sogenannte »Privatgeheimnisse«, d. h. Angelegenheiten, die, einem Beamten im Zusammenhange mit seiner amtlichen Tätigkeit »vermöge seiner amtlichen Eigenschaft« bekannt werden, ohne daß er sich mit ihnen ex officio überhaupt irgendwie zu beschäftigen hat.

2. Es ist möglich, daß einem Beamten die Kenntnis einer Angelegenheit, die an sich unzweifelhaft als »Amtssache« zu erachten ist, auf mehreren Wegen vermittelt wird: Zunächst auf amtlichem Wege — »vermöge seines Amtes« —, dann in nichtamtlicher Weise, sei es durch Mitteilung von seiten eines Einzelnen (»privatim«), sei es durch die breitere Oeffentlichkeit, z. B. die Presse; oder umgekehrt zuerst auf nichtamtlichem Wege und dann erst »vermöge seines Amtes«. Es fragt sich, ob bei dieser Sachlage — die sonstigen Vorbedingungen als gegeben vorausgesetzt — Geheimhaltungspflicht besteht oder nicht? Hierauf ist zu antworten, daß die Geheimhaltungspflicht — wenn sie anders durch die Natur der Sache oder durch besondere Vorschrift wirklich begründet ist — grundsätzlich nicht dadurch aufgehoben wird, daß der betreffende Beamte die fragliche Angelegenheit nicht nur vermöge seines Amtes, sondern auch außeramtlich erfährt. Eine sekrete dienstliche Angelegenheit verliert dadurch, daß sie infolge einer Indiskretion weiter verbreitet und — gleichgültig auf welchem Wege — vielleicht Hunderten von Personen bekannt wird, für die in Frage kommenden Beamten nicht schlechthin den Charakter der »Geheimsache« [49]). Eine Angelegenheit

[49]) Vgl. hiezu Reindl S. 87 Anm. 3 (zu a); ich halte seine Ausführungen zwar für im allgemeinen zutreffend, jedoch für nicht scharf genug präzisiert. Das Gleiche gilt m. E. von Pilotys Satz (StR. I S. 715): „Was schon allgemein bekannt ist, kann „natürlich", selbst wenn es nicht bekannt sein sollte, nicht mehr verschwiegen werden." Vorsichtig und richtig sind die Ausführungen Brands, preuß. Beamtenrecht, S. 498 Ziff. 6.



wird vielmehr ohne Rücksicht auf die tatsächliche Möglichkeit ihrer völligen Geheimhaltung dennoch von Amts wegen insolange als geheim zu behandeln sein, als ein staatliches Interesse daran besteht, daß nicht gerade von amtlicher Seite ihre Bekanntgabe erfolgt. Ob dieses staatliche Interesse an der Geheimhaltung einer Sache besteht, das wird im wesentlichen »von der Natur der Sache« abhängen. Ueber den letzteren Punkt ist im folgenden Absatze zu sprechen.

3. Wer einmal Gelegenheit gehabt hat, zu sehen, wie untrennbar die Berufsarbeit der Staatsbeamten mit den Angelegenheiten des täglichen Lebens und der breitesten Oeffentlichkeit verbunden ist, wird keinen Augenblick darüber im Zweifel sein, daß es ein Ding der Unmöglichkeit wäre, unterschiedslos alle Angelegenheiten, die einem Beamten von Amts wegen bekannt werden, der Amtsverschwiegenheitspflicht zu unterwerfen. Ein Beamter, dem eine solche Pflicht auferlegt werden würde, müßte — es läßt sich kaum anders ausdrücken — den Verstand verlieren. Daher geht denn auch die allgemeine Rechtsüberzeugung dahin, daß die Verschwiegenheitspflicht überall — also auch da, wo die Gesetzgebung sie nicht ausdrücklich auf einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten beschränkt — grundsätzlich nur einen Teil der dem Beamten vermöge seines Amtes bekannt gewordenen Angelegenheiten umfaßt[50]).

Soweit die Gesetzgebung dem Gedanken, daß nicht alle einem Beamten von Amts wegen bekannt werdenden Angelegenheiten von Rechts wegen der Verschwiegenheitspflicht unterliegen, unmittelbaren Ausdruck gegeben hat, tut sie dies in der Regel dadurch, daß sie die Geheimhaltung nur bezüglich jener Angelegenheiten verlangt, »deren Geheimhaltung ihrer Natur nach erforderlich« oder »von seinem (d. i. des Beamten) Vorgesetzten vorgeschrieben ist.«

Eine alle Zweifel ausschließende Beantwortung der Frage, in welchem Falle die Geheimhaltung einer Sache »ihrer Natur nach erforderlich« ist, ist ein Ding der Unmöglichkeit. So viel ist jedoch sicher, daß für die Beantwortung dieser Frage immer die von der Treupflicht des Be-

[50]) Vgl. B. Brand, preuß. Beamtenrecht S. 495 f. unter Ziff. 4 und 5.

amten gegen den Staat ausgehende Erwägung ausschlaggebend sein muß, ob durch die amtliche Bekanntgabe der in Frage stehenden Angelegenheit irgendein staatliches Interesse — sei es auch, wie bei der Bekanntgabe von Privatgeheimnissen, nur »das Interesse an dem Vertrauen des Publikums«[51]) — gefährdet wird. Liegt eine solche Gefährdung vor, so besteht die Amtsverschwiegenheitspflicht, auch wenn die in Frage stehende Angelegenheit an sich noch so harmlos und indifferent ist; fehlt dagegen die Möglichkeit einer solchen Gefahr, so gehört die fragliche Angelegenheit nicht zu den Sachen, über die von Amts wegen Verschwiegenheit bewahrt werden muß. Im allgemeinen wird man sagen dürfen: Der Kreis der Angelegenheiten, »deren Geheimhaltung ihrer Natur nach erforderlich ist«, wird durch diejenigen Angelegenheiten gebildet, von denen man normalerweise annehmen muß, daß ihr Bekanntwerden dem Staate mittelbar oder unmittelbar Schaden bringen könnte, gleichgültig, ob es sich dabei um öffentliche oder private Angelegenheiten handelt.

Die Beantwortung der Frage, ob die Geheimhaltung einer bestimmten Angelegenheit »erforderlich« sei, ist zunächst natürlich Sache des pflichtgemäßen Ermessens des betreffenden Beamten, dann aber selbstverständlich auch der Aufsichts- bzw. Disziplinarbehörde. Dabei wird es, wie auch schon die vorstehenden Ausführungen zeigen, niemals ausschließlich auf die »Natur« der fraglichen Angelegenheit, sondern immer auch auf die Begleitumstände ankommen, welche dahin führen können, daß eine und dieselbe Angelegenheit in dem einen Falle Geheimhaltung erfordert, in einem anderen Falle dagegen nicht[52]).

---

[51]) Das Interesse eines Privaten an der Geheimhaltung einer amtlich bekannt gewordenen Privatangelegenheit (wie z. B. Vorbestrafung, Eheirrung, Vermögensverhältnisse, Gesundheitszustand) wird m. E. in der Regel dadurch zur Geheimhaltungspflicht im Interesse des Staates führen, daß der Staat dringend wünschen muß, daß die Privaten ihre Angelegenheiten freimütig und im vollen Vertrauen auf die staatliche „Diskretion" vor seinen Behörden offenbaren. Das „Interesse" des Staates an der Geheimhaltung einer an sich „privaten" Angelegenheit kann sich aber auch auf andere Umstände, z. B. auf die Möglichkeit einer zivilrechtlichen Inanspruchnahme — wie etwa wegen des Bekanntwerdens eines Fabrikationsgeheimnisses — gründen.

[52]) Die unerfreuliche Tatsache, daß diese Interpretation dem Ermessen



Mehrere deutsche Beamtengesetze legen dem Staatsbeamten die Verschwiegenheitspflicht abgesehen von den »ihrer Natur nach« sekreten Angelegenheiten schlechthin bezüglich aller derjenigen Angelegenheiten auf, »deren Geheimhaltung ihm von seinem Vorgesetzten vorgeschrieben ist«. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Erlaß von Vorschriften über den Gegenstand der Amtsverschwiegenheitspflicht auch da, wo eine derartige ausdrückliche Delegation fehlt, zur Zuständigkeit der vorgesetzten Behörden gehört. Denn der Staat, der den Beamten anstellt und ihm ein Amt überträgt, hat nach feststehender Rechtsüberzeugung auf Grund der allgemeinen dienstlichen Ueberordnung der vorgesetzten Staatsorgane über die ihnen unterstellten Behörden und Beamten die Befugnis, in bindender Weise zu bestimmen, wie sich seine Beamten in den in ihrem Amt vorkommenden Angelegenheiten zu verhalten haben, und folglich auch anzuordnen, daß diese bestimmte, ihnen vermöge ihres Amtes bekannt gewordene Angelegenheiten geheim halten müssen[53]). Gleichwohl fragt es sich, ob diese Befugnis gänzlich unbeschränkt ist. Der Gang der Reichstagsverhandlungen über die Formulierung des § 11 RBG. — s. oben S. 121 f. — möchte es fast vermuten lassen; denn wenn dort auch die tatsächliche Undurchführbarkeit eines absoluten Schweigegebotes von mehreren Abgeordneten in drastischer Weise betont wurde[54]), so wurde doch auf der anderen Seite — namentlich unter dem Eindrucke der gewichtigen Stimme Bismarcks — zugegeben, daß ausnahmsweise, insbesondere für den diplomatischen Dienst, eine unbedingte Verschwiegenheitspflicht für sämtliche Amtsangelegenheiten angeordnet werden könne.

Indessen führen sowohl allgemeine Erwägungen, wie

---

der Beteiligten eine sehr weitgehende Freiheit läßt, kann nur durch präzisere Gesetzesvorschriften, nicht aber durch eine schärfere Auslegung beseitigt werden.

[53]) Einzelne Beispiele für solche Anordnungen gibt Brand, pr. BR. S. 496 f. Besonders häufig beschäftigen sich die Dienstvorschriften mit dem Verbote der Mitteilung von Adressen aus amtlichen Listen (z. B. vorgemerkte Militäranwärter, Examenskandidaten, Standesamtsregister), wobei keine volle Uebereinstimmung zwischen Verwaltungspraxis und Judikatur besteht. Vgl. RG. i. St. S. 37. 354.

[54]) Vgl. oben S. 122 f.



im speziellen die Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des § 11 RBG. zu dem Schlusse, daß ein generelles Schweigegebot bezüglich aller einem Beamten vermöge seines Amtes bekannt werdenden Angelegenheiten für den Regelfall ausgeschlossen ist, und daß demnach der ausnahmsweise vorkommende Erlaß eines solchen Verbotes einer besonderen Rechtfertigung bedarf. Diese Rechtfertigung wird angesichts der großen grundsätzlichen Bedenken, die der Auferlegung einer absoluten Amtsverschwiegenheitspflicht entgegenstehen, sinngemäß nur in einer besonders schwerwiegenden Gefährdung wichtiger Staatsinteressen erblickt werden können.

Im übrigen unterliegt der Erlaß von besonderen dienstlichen Vorschriften über den Gegenstand der Amtsverschwiegenheitspflicht selbstverständlich den gleichen Einschränkungen wie jeder Dienstbefehl; er darf also vor allem nicht über den Bereich der Dienstgewalt hinausgreifen, nicht contra leges und nicht contra bonos mores verstoßen. So wäre es beispielsweise unzulässig, einem Beamten zu verbieten, in seiner Steuererklärung die vom Gesetze verlangten Angaben über seine dienstlichen Einkünfte zu machen, oder seiner Familie eine ihm zuteil gewordene besondere Remuneration oder eine Gehaltserhöhung mitzuteilen. Ebenso wäre es unstatthaft, einem Beamten die Geheimhaltung solcher Angelegenheiten anzubefehlen, die ihm nicht »vermöge seines Amtes«, sondern rein zufällig oder doch auf Grund irgendeiner nicht-amtlichen Eigenschaft bekannt werden [55]).

Aus den vorstehenden Ausführungen geht bereits hervor, daß zu der besprochenen Sekretierung bestimmter Angelegenheiten nur wirkliche »Vorgesetzte«, das heißt Personen oder Behörden befugt sind, die gegenüber dem zur Verschwiegenheit verpflichteten Beamten im Verhältnisse der dienstlichen Ueberordnung stehen. Das gilt nicht nur da, wo es ausdrücklich vom Gesetze gesagt wird, sondern es ist selbstver-

[55]) Ein Zivilbeamter, der geheime militärische Nachrichten, die ihm zufällig bekannt wurden, weiter gibt, begeht, auch wenn den Beamten die Weiterverbreitung aller militärischen Nachrichten verboten worden sein sollte — abgesehen von einer etwaigen Verletzung der Strafgesetze — keine Verletzung der Amtsverschwiegenheit; dagegen macht er sich allerdings des Ungehorsams und möglicherweise einer Verletzung der Pflicht zum achtungswürdigen Verhalten schuldig.

ständlich. Hieraus ergibt sich u. a. der wichtige Schluß, daß derjenige, der lediglich als Vorsitzender eines Kollegiums fungiert, in dieser Eigenschaft nicht zum Erlaß von Anordnungen der fraglichen Art befugt ist. Ferner ist daraus zu folgern, daß zum Erlaß eines Schweigegebotes im konkreten Fall nicht etwa derjenige zuständig ist, der die in Frage stehende Geheimsache dem betreffenden Beamten anvertraut hat, sondern immer nur »der Vorgesetzte« als solcher.

Hinsichtlich der Frage, in welcher Form die das Amtsgeheimnis betreffenden Vorschriften zu erlassen sind, bestehen keinerlei besondere Regeln. Es gilt also nichts anderes, als was bezüglich des Erlasses von Dienstvorschriften überhaupt rechtens ist. Demnach wird namentlich weder Schriftlichkeit noch öffentliche Bekanntgabe der fraglichen Vorschriften verlangt werden können; dagegen wird ein Beamter, gegen den eine derartige Vorschrift angewandt werden soll, selbstvertändlich beanspruchen dürfen, daß ihm Gelegenheit gewährt worden sein muß, die einschlägigen Vorschriften kennen zu lernen[56]).

II. Der Begriff der »Verschwiegenheit«.

Der Ausdruck »Verschwiegenheit« wird sowohl in dem Sinne von »Geheimnis«, wie in dem Sinne von »Geheimhalten« gleich »Verschwiegen sein« gebraucht, kann also sowohl zur Bezeichnung eines bestimmten Zustandes wie zur Bezeichnung eines bestimmten Verhaltens dienen. Das zusammengesetzte Wort »Amtsverschwiegenheit« wird regelmäßig in dem letzteren subjektiven Sinne angewandt, und zwar denkt man hierbei an ein Verhalten, das so geartet ist, daß es den Zustand der Amtsverschwiegenheit im objektiven Sinne nicht stört. Dieses Verhalten erfordert selbstverständlich nicht ein bloß negatives »Schweigen«, das heist

[56]) Die meisten Geheimhaltungsvorschriften werden wohl in der Form von schriftlichen, sowie von mechanisch oder chemisch vervielfältigten, lediglich zu den Akten gehenden, Verfügungen erlassen (vgl. Brand S. 495 f.). Besonders häufig ist die Form der sog. „generalisirten" Verfügung, welche — zunächst auf einen Einzelfall abgestellt und nur an die Adresse einer bestimmten einzelnen Behörde gerichtet — dann auch den übrigen Behörden „zur gleichmäßigen Darnachachtung in ähnlichen Fällen" mitgeteilt wird. Diese Geheimhaltungsvorschriften sind ihrerseits häufig ebenfalls Gegenstand der Amtsverschwiegenheit.



das Unterlassen jeder zur Uebermittlung von Nachrichten an Unbefugte geeigneten Aeußerung[57]) (wie sprechen, schreiben, Zeichen geben, Einblick gewähren, aushändigen von Aktenstücken), sondern auch ein positives Tun, nämlich die Vorkehrung aller derjenigen Maßnahmen, welche herkömmlicher Weise angewandt werden, um die Geheimhaltung einer bestimmten Angelegenheit zu sichern, (z. B. besondere Kennzeichnung von Geheimakten, sorgfältige Aufbewahrung, verschließen, versiegeln). Welche Pflichten sich hieraus in praxi für den zur Verschwiegenheit verpflichteten Beamten ergeben, kann im Grunde nicht zweifelhaft sein. Schwierigkeiten machen höchstens die scheinbaren Ausnahmen, auf welche unten noch näher einzugehen ist.

III. Besteht die Verschwiegenheitspflicht gegenüber Jedermann?

Aus dem Begriffe der Verschwiegenheit ergibt sich, daß jede Handlung oder Unterlassung, welche geeignet ist, den Zustand der Verschwiegenheit zu stören, das heißt, ein Geheimnis über den Kreis der zur amtlichen Kenntnisnahme befugten Personen hinaus gelangen zu lassen, objektiv eine Verletzung der Verschwiegenheit bedeutet. Das gilt unbedingt und ausnahmslos. Mit gleicher Sicherheit kann aber auch behauptet werden, daß es viele objektive Verletzungen der Amtsverschwiegenheit gibt, welche im subjektiven Sinne und vom disziplinarrechtlichen Standpunkt aus nicht als Verletzungen der Amtsverschwiegenheitspflicht angesehen werden.

[57]) Die Aeußerung muß zur Uebermittlung von Nachrichten an Unbefugte geeignet sein. Ein Selbstgespräch, von dem der Sprechende weiß, daß kein unbefugter, zum Verständnisse dieses Gespräches fähiger Mensch es vernehmen kann, daß es also nach Lage der Verhältnisse zur Uebermittlung von Nachrichten ungeeignet ist, bedeutet demnach keine Verletzung der Verschwiegenheit. Dagegen würde möglicherweise die Anfertigung von Auszügen aus Geheimakten oder das Anlegen eines Tagebuches als Verletzung der Verschwiegenheit erscheinen können, weil es die Möglichkeit eröffnet, daß hierdurch Unbefugte von den geheimzuhaltenden Angelegenheiten Kenntnis erhalten. Unter Umständen kann wohl auch „Schweigen" (vgl. den Ausdruck „beredtes Schweigen" und den bekannten Satz „qui tacet, ubi dicere potuit et debuit, consentire videtur") die Wirkung einer Aeußerung haben.



Hierher gehören namentlich solche Abweichungen von der Amtsverschwiegenheit, bei denen als Empfänger der fraglichen Nachricht Personen in Betracht kommen, die zwar nicht »vermöge ihres Amtes« oder als rechtlich »Beteiligte« zur Kenntnisnahme befugt sind [58]), bezüglich deren aber irgend ein anderer Grund vorliegt, der es rechtfertigt, sie im speziellen Falle ins Vertrauen zu ziehen.

Um feststellen zu können, ob und inwieweit es außerhalb des Kreises der durch ihr Amt oder durch irgendwelche rechtliche Beteiligung zum Empfange bestimmter »geheimer« Mitteilungen befugter Personen noch andere Personenkategorien gibt, denen solche Nachrichten übermittelt werden dürfen, wird es am zweckmäßigsten sein, einige bestimmte Personengruppen besonders herauszuheben:

1. Die auf Grund ihres Amtes zur Kenntnis bestimmter amtlicher oder privater Mitteilungen zuständigen Beamten und Behörden.

In der Regel wird sich die Zuständigkeit nach der Ressortverteilung bestimmen, d. h. bei einer nur mit einem einzigen Beamten besetzten Behörde wird nur dieser eine Beamte und eventuell dessen Hilfspersonal, bei einer mit mehreren Beamten besetzten Behörde nur der betreffende »Referent« oder »Respicient« mit seinem Hilfspersonal, bei einer Kollegialbehörde jedes Kollegialmitglied »zuständig« sein. Es nimmt also nicht etwa jeder bei einer Behörde beschäftigte Beamte ohne weiteres an den Amtsgeheimnissen seiner unmittelbaren (d. h. bei der gleichen Behörde beschäftigten) Amtsgenossen Anteil; indessen ist zuzugeben, daß die Verhältnisse des Dienstes, wie z. B. gegenseitige Vertretung und Belehrung, manche Abweichungen von diesem Grundsatze notwendig machen. Als selbstverständlich kann gelten, daß Behörden sich unter einander nur solche Mitteilungen machen, zu deren Vermittlung beziehungsweise Kenntnis sie durch ihren Geschäftskreis autorisiert sind. Inwieweit Behörden, welche verschiedenen Staaten angehören, amtliche Mitteilungen austauschen können, richtet sich nach den einschlägigen dienstlichen Vorschriften, Gesetzen und Staatsver-

[58]) Der Kreis dieser Personen wird sich im konkreten Falle auf Grund der einschlägigen gesetzlichen und dienstlichen Vorschriften in der Regel leicht bestimmen lassen.

trägen oder nach Herkommen. Für den Verkehr mit ausländischen Behörden bestehen so weitgehende Beschränkungen, daß als Regel wohl die Unzulässigkeit amtlicher Mitteilungen an jene anzusehen ist. Auch für den Verkehr der Reichsbehörden mit den Landesbehörden und der Landesbehörden der deutschen Staaten unter einander gelten mancherlei einschränkende Vorschriften materieller und formeller Art. Besondere Bestimmungen bestehen für den Rechtshilfsverkehr im engeren Sinn.

2. Die zur Entgegennahme von Zeugenaussagen und von Sachverständigengutachten zuständigen Gerichte und Verwaltungsbehörden.

Die Frage, ob, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen ein Beamter berechtigt und verpflichtet ist, als Zeuge oder Sachverständiger vor Gerichten oder anderen Behörden Mitteilungen über Gegenstände der Amtsverschwiegenheit zu machen, ist teils durch Reichsrecht, teils durch Landesrecht genau geregelt und bedarf daher hier keiner besonderen Erörterung. Vgl. hierüber oben S. 123 f.

3. Außerhalb des Staatsdienstes stehende Träger öffentlicher Funktionen.

Bei fortschreitender Kultur entstehen neben den zur Durchführung der Staatszwecke bestimmten staatlichen Organen erfahrungsgemäß allerlei private Organisationen, die sich die Pflege bestimmter, vom Staate entweder überhaupt nicht oder doch nur in beschränktem Umfange besorgter Wohlfahrtsaufgaben zum Ziele setzen. Hierher gehören beispielsweise Veranstaltungen für Säuglingsfürsorge, Mutterschutz, Arbeitsvermittlung, Heimatpflege, Armenwesen, Kleinwohnungsbau, Arbeiterbildungswesen, Fürsorge für entlassene Gefangene, Dampfkesselrevision und unzählige andere Einrichtungen, die — vielfach vom Staate unterstützt und mit staatlichen Behörden in regelmäßigem Geschäftsverkehr stehend — von nichtbeamteten Personen geleitet werden. Viele dieser Veranstaltungen können ihre, im Interesse der Allgemeinheit gelegenen Aufgaben nicht ohne die Kenntnis gewisser Vorgänge und Angelegenheiten erfüllen, die an sich unter dem Siegel der Amtsverschwiegenheit stehen. Es ist selbstverständlich, daß amtliche Mitteilungen an die Leiter und Angestellten solcher Veranstaltungen, insoweit sie in den üb-

lichen geschäftlichen Formen und innerhalb des amtlich anerkannten Geschäftskreises jener Anstalten erfolgen, in der Regel als zulässig gelten können.

Hieraus darf indessen nicht etwa gefolgert werden, daß jede mit bestimmten öffentlichen Funktionen betraute Person schlechthin zur Kenntnis beliebiger amtlicher Nachrichten befugt sei. Vielmehr wird die in Frage stehende Behörde im Einzelfalle stets sorgfältig zu prüfen haben, ob und inwieweit amtliche Mitteilungen gegenüber dem Träger solcher Funktionen statthaft sind [59]).

4. Privatpersonen, deren Information im Staatsinteresse liegt.

Wenn auch im allgemeinen der Grundsatz gelten muß, daß amtliche Angelegenheiten, einschließlich der zur Amtskenntnis kommenden Privatangelegenheiten, am zweckmäßigsten als Interna behandelt werden, so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß der Staat in manchen Fällen daran interessiert ist, bestimmte Kreise oder die Oeffentlichkeit überhaupt über gewisse Angelegenheiten zu unterrichten. In solchen Fällen muß also den staatlichen Beamten und Behörden die Möglichkeit gewährt werden, an bestimmte, hierzu autorisierte Personen über Angelegenheiten, die sonst unter Amtsverschwiegenheit stehen, Mitteilung zu machen.

Der wichtigste Fall, der hier in Frage kommt, ist die Information der Presse. Unter welchen Voraussetzungen und inwieweit in dieser Beziehung Abweichungen von der Amtsverschwiegenheit zulässig sein sollen, hängt beim Fehlen gesetzlicher Vorschriften von den allgemeinen Dienstvorschriften und von den speziellen Befehlen der dienstlichen

[59]) Unzulässig ist m. E. beispielsweise die Uebermittlung eines Strafregisterauszuges über einen vor Gericht geladenen Zeugen an einen Rechtsanwalt, der etwa die Glaubwürdigkeit jenes Zeugen anzuzweifeln beabsichtigt. Ebenso ist es wohl unzulässig, wenn ein Staatsanwalt laufende Strafakten kurzer Hand an einen beliebigen Sachverständigen schickt, damit sich dieser über die Gültigkeit einer dem Staatsanwalt zweifelhaft erscheinenden Polizeiverordnung äußere. Dagegen gilt die Mitteilung abgeschlossener Gerichtsakten an Universitätsdozenten für Unterrichtszwecke wohl allgemein als statthaft, soweit sich nicht in den Akten Schriftstücke befinden, die nach ihrer Natur oder zufolge besonderer Vorschrift geheim zu halten sind; in diesem letzteren Falle kommt es indessen weniger auf den Empfänger als auf den Inhalt der Nachricht an.

Vorgesetzten ab. Zuweilen gibt der Staat, um der zuverlässigen Information der Allgemeinheit sicher zu sein, selbst Zeitungen heraus; zuweilen schafft er besondere Organisationen, die die Aufgabe haben, amtliche Nachrichten an die Presse zu geben, oder er beauftragt einzelne seiner Beamten mit der Berichterstattung für die Presse; zuweilen bedient er sich bestimmter, nicht amtlicher Organe, um die Oeffentlichkeit über gewisse Angelegenheiten zu unterrichten. In jedem Falle bedarf derjenige Beamte, der auf die eine oder die andere Weise amtliche Nachrichten weiter gibt, hierzu einer allgemeinen oder einer speziellen dienstlichen Erlaubnis.

Das Gleiche gilt von der mit dem stärkeren Hervortreten der Parlamente immer häufiger notwendig werdenden Information führender Parlamentarier und sonstiger Politiker, von Parteivorständen, parlamentarischen Gruppen, von Fraktionen usw. durch die leitenden Minister oder andere Beamte. Von Rechtswegen kann natürlich kein Zweifel darüber bestehen, daß ein Abgeordneter, und sei er auch noch so einflußreich oder noch so regierungsfreundlich, als solcher kein Staatsorgan ist und daher nicht ohne weiteres von jedem beliebigen Beamten mit amtlichen Auskünften und Materialien versehen werden darf. Vom Zweckmäßigkeitsstandpunkt aus kann es dagegen ebensowenig zweifelhaft sein, daß die Informationserteilung an Parlamentarier und überhaupt an Personen, deren zuverlässige Informierung im Staatsinteresse liegt, unter Umständen in weitgehendem Maße gestattet werden muß [60]). Auch hier ist die Zulässigkeit der Informationserteilung selbstverständlich von dienstlicher Erlaubnis abhängig; diese Erlaubnis kann generell oder speziell in jeder beliebigen Form erteilt werden, muß aber im letzten Ende immer auf den Träger der Staatsgewalt zurückgehen [61]).

---

[60]) Mit gutem Grund sagt Piloty, Jahrb. d. öff. R. III. 263 „Auch die Seele des Beamten ist keine Mördergrube“ und mit Recht weist er darauf hin daß die Minister unter Umständen sogar durch verfassungsrechtliche Gründe (Informationsrecht, Interpellationsrecht, Ministerverantwortlichkeit) zu Mitteilungen über Angelegenheiten der Amtsverschwiegenheit gegenüber dem Parlamente und dessen amtlichen Organen (Ausschüsse, Kommissionen) veranlaßt sein können.

[61]) In diesem Zusammenhange ist vielleicht der folgende, dem Getriebe der heutigen Tagespolitik weit entrückte Vorfall von grundsätzlichem Interesse: Die hessische Verfassung (Art. 96) verbietet es den Ständen, mit



Von großer Bedeutung ist endlich das Zugänglichmachen amtlicher Materialien und Einrichtungen (z. B. Statistiken, Archive, Gefängnisse) für Zwecke des Unterrichts und der Wissenschaft. Auch hier haben im allgemeinen die vorerwähnten Grundsätze Anwendung zu finden.

5. Vertrauenspersonen.

Jeder Beamte wird, ehe er einem Dritten Kenntnis von verschwiegenen Amtsangelegenheiten gibt, unter allen Umständen dessen Vertrauenswürdigkeit zu prüfen haben und bei negativem Ergebnis dieser Prüfung unter Umständen sogar formell legitimierten Personen die Auskunftserteilung verweigern müssen. Wie hat sich der Beamte aber gegenüber Personen zu verhalten, deren Vertrauenswürdigkeit zwar unbedingt feststeht, denen jedoch die formelle Zuständigkeit zum Empfang von Mitteilungen über Angelegenheiten der Amtsverschwiegenheit abgeht? Nach strengem Recht kann kein Zweifel darüber bestehen, daß die Bekanntgabe von Amtsgeheimnissen auch dann unstatthaft ist, wenn der betreffende Beamte vollkommen sicher sein kann, daß der Empfänger der Nachricht diese an keinen Unbefugten weitergeben wird. Die häufig vorkommenden Fälle, daß ein Beamter, um sich Rat zu holen oder um sein Herz zu erleichtern oder auch aus Gedankenlosigkeit — weil er überhaupt nichts Unrechtes dabei findet — Dienstangelegenheiten geheimen Charakters »sub sigillo« mit vertrauten Freunden, Kollegen, Familienmitgliedern usw. be-

anderen Behörden als dem Staatsministerium und den ernannten Landtagskommissarien in Benehmen zu treten. Unter Hinweis auf diese Bestimmung erklärte ein Publicandum des hessischen Geh. Staatsministeriums vom 7. XII. 1829 jeden „zum Benehmen mit den Ständen nicht autorisierten Staatsdiener" für strafbar, der „in welcher Form und zu welchem Zweck es auch geschehen mag, Akten, Aktenstücke, Uebersichten oder sonstige Notizen und Nachweisungen, die seine Dienstgeschäfte betreffen, an einzelne Mitglieder der Ständeversammlungen abgibt oder gelangen läßt". Der entschiedene Widerspruch der Zweiten Kammer gegen diesen Erlaß veranlaßte die Regierung, denselben im Landtagsabschiede von 1830 dahin zu interpretieren, „daß nach Art. 96 der Verfassungsurkunde Mitteilungen und Eröffnungen, welche die Dienstgeschäfte betreffen, an einzelne Mitglieder der Ständeversammlung als solche, nur insofern gestattet seien, als Mitteilungen oder Eröffnungen der Art an andere Privatpersonen, ohne strafbare Verletzung der Dienstpflicht hätte geschehen können". Vgl. van Calker. Das Staatsrecht des Großh. Hessen, Tübg. 1913, S. 63 f. (Oefftl. Recht der Gegenwart B. XIX).



spricht, bedeuten unleugbar ebenso viele Verletzungen der Amtsverschwiegenheit. Aber die nähere disziplinarrechtliche Beurteilung dieser Fälle wird allerdings je nach Lage der Sache außerordentlich verschiedenartig sein müssen und sich nicht der Erkenntnis der psychologischen Wahrheit des »ultra posse nemo obligatur« verschließen dürfen [62]).

IV. Die Dauer der Verschwiegenheitspflicht.

Hinsichtlich des Beginnes der Verschwiegenheitspflicht kann grundsätzlich kein Zweifel bestehen. Er fällt begrifflich notwendig mit dem Eintritte des Beamten in den Staatsdienst zusammen, da dies der Zeitpunkt ist, mit dem die Treueverpflichtung des Beamten ihren Anfang nimmt [63]). Es ist dies zugleich auch der Augenblick, in dem die Möglichkeit einer Disziplinarbestrafung beginnt. Die Frage, nach welchen Grundsätzen der Zeitpunkt des Eintrittes in den Staatsdienst zu bestimmen ist, ist eine Frage allgemeineren Charakters, die in dem engen Rahmen dieser Spezialabhandlung nicht untersucht werden kann. Hier ist — unter Hinweis auf die grundlegenden Ausführungen Labands — nur soviel festzustellen, daß der »Diensteintritt« begrifflich nicht mit dem »Amtsantritt« zusammenfällt. Die Behauptung, daß auch derjenige Staatsdiener, der kein »Amt« hat, (z. B. ein beurlaubter Beamter) zur »Amtsverschwiegenheit« verpflichtet ist und die »Amtsverschwiegenheit« verletzen kann, steht mit der begrifflichen Unterscheidung von »Dienstverhältnis« und »Amt« nur scheinbar im Widerspruch; der Widerspruch löst sich durch die Erkenntnis, daß mit dem Ausdrucke »Amtsgeheimnis« nach feststehendem Sprachgebrauch das gleiche

[62]) Vgl. die von Finger a. a. O. S. 341 Anm. 1 zitierte treffende Bemerkung Kohlers: „Die Rechtsordnung kann nicht jede Indiskretion vor ihr Forum ziehen, nicht allen Lebensverkehr in das Gebiet der Jurisprudenz schließen . . .“ „Daher kann keine Rede davon sein, daß eine jede Indiskretion ihre rechtliche Ahndung oder Gegenwirkung finden könnte“. „Wer indiskret ist, verletzt die gute Sitte des Lebens, und die gute Sitte wird ihn richten.“ Und wohl zu merken ist das gute Wort Otto Mayers (Verw.R. II S. 244): „Die Disciplinarstrafgewalt trägt nicht jene Binde der Gerechtigkeit vor den Augen, um nur durch eine enge Oeffnung den Ausschnitt aus der Wirklichkeit zu sehen, der den Tatbestand der Verfehlung bildet.“

[63]) Ueber die entgegenstehende Meinung Rehms s. oben S. 137, Anm. 31.



gemeint ist, wie mit dem Ausdrucke »Dienstgeheimnis«, daß hier also, wie so oft, nur ein unscharfer Sprachgebrauch vorliegt, der die Worte »Dienst« und »Amt« nicht auseinander hält [63a]).

Weniger klar als hinsichtlich des Beginnes der Amtsverschwiegenheitspflicht steht es mit deren Ende. Die Beamtengesetze enthalten nur zum Teil ausdrückliche Bestimmungen darüber, daß die Verschwiegenheitspflicht auch nach der Auflösung des Dienstverhältnisses fortdauert, daß ihr also zeitlich insofern keine Grenzen gezogen sind. Indessen muß dieser Grundsatz m. E. auch da, wo solche Bestimmungen fehlen, als geltendes Recht angesehen werden. Ich folgere dies ebenfalls daraus, daß die Verschwiegenheitspflicht ein Ausfluß der Treupflicht ist. Diese duldet aber ihrem Begriffe nach keine zeitliche Beschränkung. Denn es bedarf keines Beweises, daß jede Handlung, die sich bewußt oder fahrlässig gegen die Interessen des Staates richtet, die Treue gegen den Staat verletzt, ganz gleichgültig, wann sie begangen wurde — es müßte denn gerade sein, daß sie aus der Zeit vor der Begründung des Dienstverhältnisses datiert [64]). Die Wahrheit dieser Tatsache wird von dem Umstande, daß die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit der Ahndung von Pflichtverletzungen, welche nach dem Ausscheiden aus dem Dienstverhältnisse begangen sind, in concreto regelmäßig fehlt, nicht berührt [65]).

[63a]) Vgl. hierzu P. Labes, Die Disziplinargewalt des Staates über seine Beamten; Annalen d. Deutchen Reiches 1889 S. 262.

[64]) Vgl. hierzu die Bemerkung Fingers a. a. O. S. 362 zu RStGB. § 300: „Das Aufgeben des Standes, Amtes, Berufes ist ohne Einfluß auf die während der Ausübung derselben entstandenen Pflichten; nicht darauf kommt es an, was man zur Zeit der „Offenbarung" ist, sondern darauf, was man zur Zeit des „Anvertrauens" war."

[65]) Nach Reichsrecht und preuß. Recht ist eine Disziplinarverfolgung vormaliger Beamter nur zulässig, sofern das Verfahren bereits vor dem Ausscheiden aus dem Dienstverhältnis eingeleitet war (vgl. OVG. 58 S. 453; 55 S. 467). Bezüglich des bayr., sächs., württbg., bad. und hess. Rechts s. von Rheinbaben in v. Stengel-Fleischmann, Wörterbuch d. St. u. VR. I, S. 578 § 10; vgl. ferner hinsichtlich des bayr. Rechts im speziellen Reindl, a. a. O. zu Art. 14, hinsichtlich des hess. Rechts Wiegand S. 72. — Eine andere Frage ist die der Verjährung der Disziplinar-Strafverfolgung, bezüglich deren verschiedenartiger Regelung DJZ. 1913 S. 518 und 971 zu vergleichen ist.

Wenn sonach im Prinzipe feststeht, daß die Amtsverschwiegenheitspflicht geradezu als ein character indelebilis anzusehen ist, der demjenigen, der einmal in den Staatsdienst eintrat, von diesem Tage an bis zum Grabe unlösbar anhaftet, so läßt sich nicht verkennen, daß diesem Prinzipe wenigstens dem äußeren Anscheine nach in praxi sehr häufig zuwider gehandelt wird. In der überwiegenden Mehrzahl aller hier in Frage kommenden Fälle — wobei namentlich an die zahlreichen Memorienwerke hervorragender Staatsmänner aus älterer und neuerer Zeit zu denken ist — handelt es sich jedoch zweifellos um keine Abweichung von jenem Prinzipe; weder um eine gewollte, noch um eine ungewollte. Wenn in manchen Fällen zuweilen ein Zweifel über die Zulässigkeit der Veröffentlichung dienstlicher Erlebnisse bestehen mag, so wird dieser Zweifel in der Regel weniger auf eine Unklarheit über das Wesen und die Dauer der Amtsverschwiegenheitspflicht, als vielmehr auf die Tatsache zurückzuführen sein, daß es in concreto vielfach außerordentlich schwierig ist, einwandfrei festzustellen, ob eine Angelegenheit »ihrer Natur nach« Geheimhaltung erfordert oder nicht. Denn — so widerspruchsvoll es auch zunächst klingen mag — eine Angelegenheit, die heute »ihrer Natur nach« als »geheim« angesehen werden muß, verträgt möglicherweise morgen ohne jeden Schaden für den Staat das volle Licht der Oeffentlichkeit. Die »Natur« der Sache ist eben in dem hier in Frage stehenden Zusammenhang, wie schon oben (S. 146) angedeutet wurde, eine durchaus mißglückte Umschreibung für den Ausdruck »die Umstände« oder »die begleitenden Umstände« und bedeutet hier im Gegensatz zu dem, was man sonst darunter versteht, alles andere als etwas sich gleich Bleibendes, mit dem Wesen der Sache untrennbar Verbundenes. Um einige Beispiele zu geben: Ein großer strategischer Erfolg, eine schwere militärische Niederlage, eine plötzliche Erkrankung des Staatsoberhauptes, der Plan der Anlage eines wichtigen Verkehrswegs mögen heute für einen Beamten Angelegenheiten sein, »deren Geheimhaltung ihrer Natur nach erforderlich ist«, während der Staat einen Tag später an ihrer Verschweigung nicht mehr das geringste Interesse hat.

Daß Angelegenheiten, deren Geheimhaltung nicht durch die Natur der Sache, sondern nur durch Befehl des Vorge-



setzten gefordert wird, bei Aufhebung dieses Befehles die Eigenschaft von Geheimsachen einbüßen, bedarf keiner näheren Erörterung. —

Wir kommen also zu dem Ergebnis: Die Dauer der Amtsverschwiegenheitspflicht ist begrifflich unbeschränkt; die Zeit kann nur insofern einen Einfluß auf die Amtsverschwiegenheitspflicht oder — richtiger — auf die Gegenstände der Amtsverschwiegenheitspflicht ausüben, als Angelegenheiten, die ursprünglich ihrer Natur nach oder zufolge besonderer dienstlicher Anordnung Geheimhaltung erforderten, infolge veränderter Umstände später ihren geheimen Charakter verlieren.

V. Die Träger der Amtsverschwiegenheitspflicht.

Da die Verpflichtung zur Wahrung der Amtsverschwiegenheit für den Träger dieser Pflicht eine Beschränkung seiner natürlichen Handlungsfreiheit bedeutet, so kann diese Pflicht nach konstitutionellem Staatsrecht nur auf zweierlei Art entstehen: Entweder unmittelbar durch Gesetz oder durch freiwillige Uebernahme. Dieser Grundsatz gibt den einzigen sicheren Maßstab, um im Einzelfall beurteilen zu können, ob für eine bestimmte Person die Amtsverschwiegenheitspflicht besteht oder nicht. Freilich werden auch bei peinlichster Anwendung dieser Regel immer noch streitige Fälle übrig bleiben; namentlich deshalb, weil es vielfach sehr schwierig ist, die tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen des in Frage stehenden Dienstverhältnisses richtig zu erfassen [66]).

Am einfachsten ist die Entscheidung der angeregten Frage da, wo eine erschöpfende Kodifikation des ganzen Beamtenrechtes erfolgt ist, wie dies beispielsweise in Bayern durch

---

[66]) Vgl. z. B. die Judikatur in bezug auf nachstehende Fälle: Mitglieder des evang. Gemeindekirchenrats in Preußen (DJZ. 11 (1906) S. 112; RG. i. Z. S. 59. 329); Notare (DJZ. 11 (1906) S. 112; RG. i. Z. S. 59. 85); Rechtsanwälte (DJZ. 11 (1906) S. 804); Fleischbeschauer (Regers Entscheidungen 2 S. 46); Gemeindenachtwächter (Reger 4 S. 342; 13 S. 180); Schreibgehilfe (Reger 2 S. 322); Magistratsmitglied (Reger 9 S. 383); Nachtwächter (Reger 13 S. 180); Postillon (Seufferts Archiv 31 S. 143); Gemeindeschöffe (preuß. OVG. 66 S. 438); Militäranwärter in gemeindl. Dienst vor der Anstellung (OVG. 53 S. 428). — S. auch BRAND, preuß. Beamtenrecht S. 497 f., REINDL S. 90 A. 9.



die Gesetzgebung vom 16. August 1908 geschah: Wenn das Gesetz auf der einen Seite eine klare, erschöpfende Definition des Beamtenbegriffes gibt und auf der anderen Seite präzise ausspricht, daß für alle Beamten im Sinne des Gesetzes und für alle im Gesetze etwa sonst noch speziell bezeichneten Personen beamtenähnlichen Charakters die Amtsverschwiegenheitspflicht gelte, dann kann in der angebenen Richtung wohl kaum ein Zweifel bestehen. Aber auch da, wo eine gesetzgeberische Fixierung des Beamtenrechts fehlt, werden sich die in zweifelhaften Fällen auftauchenden Schwierigkeiten in der Regel wohl mehr auf die Feststellung des Beamtencharakters[67]) als auf die von der Entscheidung dieser Präjudizialfrage unmittelbar abhängige sekundäre Frage nach dem Bestehen der Amtsverschwiegenheitspflicht beziehen: Denn daß jeder, dessen Beamteneigenschaft erwiesen ist, damit ohne weiteres der Amtsverschwiegenheitspflicht unterliegt, kann angesichts der oben beigebrachten Beweise beim Fehlen ausdrücklicher gesetzlicher Vorschriften schlechthin als gewohnheitsrechtlich feststehend bezeichnet werden. Dies gilt in gleicher Weise für die unmittelbaren wie für die mittelbaren Staatsbeamten, also namentlich auch für die außerordentlich große Zahl von Gemeindebeamten aller Kategorien. Im übrigen darf, ohne daß hier eine Beweisführung im einzelnen möglich wäre und ohne daß auf die zahllosen Dienststellungen mit beamtenähnlichem Pflichtenkreis näher eingegangen werden könnte, wohl behauptet werden, daß die Entwicklungstendenz in der Gesetzgebung, in der Judikatur und in der Verwaltungspraxis im allgemeinen dahin geht, auch solche Personen, die ohne Beamtenqualität öffentliche Dienste leisten, der Verschwiegenheitspflicht zu unterwerfen.

[67]) Es geht weit über den Rahmen der vorliegenden Abhandlung hinaus, die Merkmale zu untersuchen, nach welchem die Beamteneigenschaft festzustellen ist. In erster Linie ist bei der Entscheidung der in dieser Beziehung bestehenden Zweifel immer das geschriebene Recht und das Gewohnheitsrecht des betreffenden Staates zugrunde zu legen, in zweiter Linie ist auf die allgemeine Staatslehre und deren Wissenschaft zurückzugreifen. An neuerer Literatur kommt hierbei neben den bekannten Gesamtdarstellungen des Staatsrechts namentlich in Betracht: TRIEPEL, Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf, in der Festgabe für BINDING (Leipzig 1911) B. II S. 3 ff.



VI. Befreiung von der Amtsverschwiegenheitspflicht.

1. Der einzige Fall einer die Verantwortung der Beamten für die Wahrung des Dienstgeheimnisses hinsichtlich bestimmter Angelegenheiten restlos aufhebenden Befreiung von der Amtsverschwiegenheitspflicht ist die förmliche Entbindung von dieser Pflicht durch die zuständige Behörde.

Ob und in welchem Umfange eine solche Entbindung vom Amtsgeheimnis erfolgt, steht regelmäßig im freien Belieben der zuständigen Behörde. Ein gesetzlicher Zwang besteht für diese nur insoferne, als die von Gerichts wegen zum Zwecke gerichtlicher Zeugen- und Sachverständigen-Vernehmungen eingeholte dienstliche Genehmigung zur Aussage über Angelegenheiten der Amtsverschwiegenheit zufolge §§ 376, 402 ZPO.; 53, 72 StPO.; 189, 208 MStGO. nur dann versagt werden darf, »wenn die Ablegung des Zeugnisses dem Wohle des Reichs oder eines Bundesstaats Nachteil bereiten würde« [68]).

2. Die »Wahrung eigener Interessen« berechtigt den Beamten, soferne hierüber nicht etwa ausdrückliche Vorschriften bestehen, nicht zum Bruche des Dienstgeheimnisses. Der in der Literatur von Reindl vertretene entgegengesetzte Standpunkt [69]) entbehrt m. E. der genügenden rechtlichen Begründung. Das Bedenken, daß der Staat es beim strikten Festhalten an der Amtsverschwiegenheitspflicht in der Hand habe, »dem Beamten durch Nichtentbindung vom Amtsgeheimnis die Wahrnehmung seiner Rechte ihm gegenüber als Dienstherrn zu beschränken oder unmöglich zu machen«,

---

[68]) Vgl. hierüber oben S. 124 f. und die eingehende Darstellung von Brand, preuß. Beamtenrecht §§ 180—182, sowie Reindl S. 88 Anm. 5.

[69]) S. Reindl a. a. O. S. 89 Anm. 7: „Der Beamte bricht das Dienstgeheimnis dann nicht, wenn er Tatsachen, die ihm zufolge seines Amts bekannt geworden sind, als Kläger, Beklagter oder Widerkläger oder Widerbeklagter in einem Zivilstreitverfahren gegen den Staat oder als Angeklagter im gerichtlichen oder im Disziplinar-Strafverfahren zur Wahrung seiner Interessen oder zu seiner Verteidigung vorbringt, vorausgesetzt natürlich, daß er in seiner Eigenschaft als Beamter in den Zivilrechtsstreit oder in das gerichtliche Strafverfahren verwickelt ist . . .“ Aehnlich Piloty, bayr. StR. I S. 715. Auch Brand, preuß. Beamtenrecht S. 500, schließt sich an Reindl an.



beruht auf der Voraussetzung eines unsittlichen Verhaltens des Staates gegenüber dem Beamten. Von einer solchen Voraussetzung auszugehen, halte ich prinzipiell für unzulässig, im vorliegenden Falle aber noch um so mehr, als doch auf der anderen Seite das ganze Verhalten des Beamten gegenüber dem Staate im wesentlichen nach ethischen Gesichtspunkten, insbesondere nach dem der Treuepflicht, beurteilt werden muß. Außerdem spricht gegen die REINDLsche Ansicht, daß sie bei der Abwägung der hier in Frage kommenden Interessen dem allgemein anerkannten, für den Beamten aber ganz besonders maßgebenden Grundsatze von dem Ueberwiegen des Staatsinteresses über das Privatinteresse keinerlei Rechnung trägt und den Staat in die Gefahr bringt, wegen eines Streitobjekts von vielleicht höchst geringfügigem Wert die wichtigsten Dienstgeheimnisse preisgegeben zu sehen. Endlich ist gegen REINDL einzuwenden, daß der von ihm statuierte Ausnahmefall rein kasuistisch aufgestellt ist, während das der Ausnahme zugrunde gelegte Prinzip der Zulässigkeit der Wahrung eigener Interessen beim Konflikte zwischen Dienstgeheimnispflicht und Privatinteresse im übrigen offenbar nirgends zur Geltung kommt [70]).

3. Die Verbindung von Abgeordneteneigenschaft und Beamteneigenschaft ist auf die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit ohne Einfluß. Der in den einzelstaatlichen Verfassungen und in der Reichsverfassung (Art. 30) aufgestellte Grundsatz, daß ein Abgeordneter wegen der in Ausübung seines Berufes gemachten Aeußerungen außerhalb des Parlaments nicht zur Verantwortung gezogen werden kann, schließt zwar unter gewissen Voraussetzungen die strafrechtliche oder disziplinarrechtliche Verfolgung wegen etwaiger durch solche Aeußerungen begangener Verletzungen der Amtsverschwiegenheit aus, bedeutet aber keineswegs eine grundsätzliche Befreiung von der Dienstgeheimnispflicht [71]).

---

[70]) So erklärt REINDL a. a. O. S. 89 Anm. 6 beispielsweise ausdrücklich, daß die Schweigepflicht für den Beamten auch dann gelte, „wenn er in Ausübung seines Dienstes in nicht öffentlicher Weise beleidigt wird". „Der Beamte bedarf daher in solchem Falle zur Erhebung der Privatklage gegen den Beleidiger der Erlaubnis der vorgesetzten Dienstbehörde."

[71]) Ich folge hierbei REINDL a. a. O. S. 90 Anm. 8.

VII. Die Rechtsfolgen des Amtsverschwiegenheitsbruches.

Sie können teils auf disziplinärem, teils auf strafrechtlichem, teils auf zivilrechtlichem, teils endlich auf politischem Gebiete liegen und unterscheiden sich grundsätzlich nicht von den Rechtsfolgen der Amtspflichtsverletzungen überhaupt. Eine besondere Erörterung der einschlägigen Fragen ist demnach hier nicht veranlaßt. —

Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht.

Von

Richard Thoma,

Professor an der Universität Heidelberg.



Man kann die Gesamtheit aller Staatswillensakte unterscheiden in Anordnungen und Vollziehungen. In den Anordnungen steckt eine freie Willensentschließung, mag es sich nun um Entschließungen der auswärtigen Verwaltung, oder um privatrechtliche Rechtsgeschäfte handeln, oder um Geltendmachung obrigkeitlicher Gewalt. Deshalb hat die Anordnungsgewalt ihren Hauptsitz bei den obersten Organen des Staates und tritt bei der Legislative am reinsten in die Erscheinung. Indes ist sie doch auch in breiten Bächen, schmalen Gerinnen und feinsten Adern ausgegossen durch den ganzen Stufenbau der Verwaltung und der Justiz. Der Verwaltungsakt ist sachlich oft genug eine komplexe Entschließung, in der sich mit einem pflichtmäßigen Tätigwerden und einer, nur richterliches (vollziehend gebundenes) Ermessen zulassenden, Gesetzesauslegung eine Anordnung verknüpft, in der legislatorische Freiheit lebendig wird, die hier »Freies Ermessen« heißt. Ja selbst Gerichtsurteile mit echtem freiem Ermessen sind nicht ganz selten und sogar in der Tätigkeit der Exekutivbeamten fehlt es nicht völlig.

Die dienenden Vollziehungen des anderweit Angeordneten haben ihren Hauptsitz bei den Gerichten und bei unteren Behörden mehr als bei oberen. Sie reichen aber in die höchsten Sphären hinauf. Der Monarch, der rechtzeitige Neuwahlen anordnet, der Kaiser, der das Reichsgesetz ausfertigt, die Volksvertretung, die gesetzlich notwendige Ausgaben in den Etat einstellt, sind Beispiele dafür.

Es wird also die Verwaltungsrechtswissenschaft, indem sie die Verwaltungsakte studiert, alsbald in den Stoffbereich auch aller anderen Disziplinen der Rechtswissenschaft geführt. Sie darf dann nicht einfach die Ergebnisse der Schwesterfächer, die ja unter dem Antrieb anderer Wissensziele gewonnen sind, übernehmen. OTTO MAYER hat gezeigt, welche Ver-



tiefung der Einsicht gewonnen wird, wenn der Verwaltungsjurist von seinem Standpunkt selbst an die Dinge herangeht. Gerade darin ist er der Führer und Meister der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft geworden, daß er prinzipiell die ganze Rechtsordnung zum »Stoff« seiner Untersuchungen macht und nicht davor zurückschreckt, die mitbestimmenden Einrichtungen des Staatsrechts, Privat-, Straf-, Prozeßrechts selbständig zu erforschen und zu durchdenken.

So beschränkt sich OTTO MAYER denn auch nicht auf die Feststellung, daß eine wichtigste und oberste Schicht aller Anordnungen im Verfassungsstaate der Legislative anheimfällt und damit aus dem Begriffe der Verwaltung im juristisch-formalen Sinne auscheidet, um im übrigen der Staatsrechtswissenschaft die Feststellung zu überlassen, wie diese Abschichtung gemacht worden ist. Vielmehr begreift er zunächst das Gesetz als eine besondere Form der Regierungs- und Verwaltungstätigkeit und untersucht selbständig, was dieser Form vorbehalten ist und welche besondere Kraft ihr zukommt. Dadurch öffnet sich der Blick sofort für die Einsicht, daß neben das Problem der Abschichtung von Gesetz und Verordnung mit gleicher Wichtigkeit das von Gesetz und Verfügung tritt und wird der Meister zugleich zu zwei der glücklichsten Prägungen geführt, um die seine sprachschöpferische Kraft die deutsche Rechtssprache bereichert hat: die Rechtssätze insgesamt, welche für gewisse Staatswillensakte Gesetzesform fordern, umschreiben den »Vorbehalt des Gesetzes«. Die Kraft eines solchen Gesetzes, höchster Staatswille zu sein und nur wieder durch ein über die Volksvertretung führendes Gesetz aufgehoben werden zu können, stellt sich dar als der »Vorrang des Gesetzes« [1]).

Was schneidet der Vorbehalt aus vom Umkreis aller Anordnungen und Vollziehungen? Darüber kann immer noch so viel behauptet und bezweifelt werden, daß meine Ausführungen werden abbrechen müssen, nachdem sie die bloßen Vorhöfe des Verwaltungsrechts durchschritten haben!

I. Es ist klar, daß auch ein machthungriges Parlament auf Anteil an den Vollziehungen im allgemeinen verzichten

---

[1]) Deutsches Verwaltungsrecht I, 1. Aufl. (1895), 72, 74; 2. Aufl. (1914), 66, 69, 71.



wird [2]), nicht minder klar, daß selbst der bescheidenste deutsche Landtag trachten mußte, ein gehöriges Stück Anordnungen — nicht nur obrigkeitliche, sondern auch privatrechtliche und sog. völkerrechtliche — in seinen Bereich zu ziehen.

In England steht die Sache schon im 18. Jahrhundert so, daß nicht mehr von einem Vorbehalt der Legislative gesprochen werden darf, sondern umgekehrt gefragt werden muß, welche Anordnungen denn der Krone noch verblieben sind, nachdem die Anordnungsgewalt dem Grundsatze nach bei der Legislative vereinigt war. Und diese hat dabei bis in die neuere und neueste Zeit nicht nur damit gekargt, allgemeine Verordnungsgewalten durch Delegationen wieder auszutuen, sondern hat sogar Einzelanordnungen (Individualakte, leges speciales), selbst solche örtlicher Bedeutung, in der Hand behalten, die — wie Enteignungen, Naturalisationen, Ausweisungen, Ehescheidungen, Ortsbaupläne, Auseinandersetzungen, Verleihungen der Rechtspersönlichkeit — auf dem Kontinent regelmäßig der Verwaltung überlassen sind [3]).

In Frankreich haben die Jakobiner versucht, dem Buchstaben nach das Pouvoir exécutrice zur wirklichen bloßen Vollziehung herabzudrücken [4]). Es ist das eine Utopie, die nicht einmal in einer absoluten Zwergdemokratie zur Wahrheit gemacht werden könnte, sondern höchstens — les extrèmes se touchent — in einem absoluten Duodezfürstentum, wo ein eifriger Herrscher in der Tat alle selbständige Entschließung in der Hand behalten könnte, als »Gesetzgeber« des Allgemeinen und des Besonderen, und seine Amtleute usw. auf bloße Vollziehung setzen.

Die allgemeine Entwicklung führt an diesen Erscheinungen vorbei! LOCKE und BLACKSTONE haben die »special

---

[2]) Indes kommen in Betracht: Eigene Enquete, eigene Exekutive der Hausgewalt, Rudimente altständischen Landkastenwesens bes. in Württemberg, Verf.U. §§ 119, 120, 194.

[3]) Ueber die allmähliche Erweiterung der Ermächtigungen s. KOELLREUTTER, Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsprechung im modernen England, 1912.

[4]) GG. JELLINEK, Gesetz u. Verordnung (1887) 78, 79 ff. (ein „Rezept" von ROUSSEAU ist das aber nicht). — SMEND, Die preuß. Verf.Urk. im Vergleich mit der belgischen (1904), 38 u. 2. — WITTMAYER, Jahrb. d. öff. Rechts VII (1913) 73 ff.



public acts« und »private acts« des englischen Parlaments nicht betont; MONTESQUIEU hat sie nicht bemerkt oder nicht bemerken wollen. Diesen Vätern des Konstitutionalismus ist das Pouvoir législatif dazu da, Gesetze im üblichen Sinne der europäischen Jurisprudenz zu erlassen: allgemeine, abstrakte Regeln des Rechts. ROUSSEAU, mit seiner spitzfindigen Ausführung, sogar der »Souverän« werde, wenn er einen Einzelakt beschließe, zu seinem eigenen Magistrat, da der »Gesetzgeber« begriffsnotwendig nur allgemeine Normen setzen könne, hat diese Gleichsetzung von Gesetz und Regel endgültig befestigen helfen und ist zugleich zum Urheber des handgreiflichen und doch immer noch nicht ausgerotteten Irrtums geworden, eine Einzelentschließung sei notwendig immer Konkretisierung einer allgemeinen Regel[5]).

Der Konstitutionalismus Frankreichs beginnt demgemäß mit einem materiellen Gesetzesbegriff, der nur allgemeine Regeln in sich schließt und dessen Inhalt teils als bekannt vorausgesetzt wird, teils der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte entnommen werden soll. Da nun aber der neuen, aus König und Parlament bestehenden Legislative auch sonst mancherlei Anordnungsgewalt zufiel — 3. Kap. 1. Sektion der Verf. v. 1791 — und ihre der Form nach gleichen Beschlüsse eines gemeinsamen Namens bedurften, so bestimmte schon ein Gesetz von 1789 — im Anschluß an den auch schon vorhandenen Sprachgebrauch, unter Gesetzen Beschlüsse der höchsten Staatsgewalt zu verstehen —: »Les décrets (de l'Assemblée nationale) sanctionnés par le Roi porteront le nom et l'intitulé de lois.« Damit wurde, wie GG. JELLINEK sagt, »der formelle Gesetzesbegriff für den konstitutionellen Staat des Kontinents geschaffen«. Die Verfassung von 1791 hat ihn aufgenommen und zugleich die besondere »Force de loi« (den Vorrang) betont. Von da an wird er alleinherrschend, vermutlich weil man alsbald erkannte, daß der Inhalt des materiellen Begriffs doch nie außer Streit gestellt werden kann und seine Beseitigung der politischen Entwicklung freiere Bahn schafft. Die Konsularverfassung und alle folgenden Verfassungen kennen nur noch den formellen Be-

---

[5]) Contrat social II c. 4 u. 6, III c. 27. — JELLINEK, 51 ff. — HUBRICH, Verw.Arch. XVII, 44 ff.

griff Loi [6]). Die sachliche Zuständigkeitsverteilung zwischen Legislative und Exekutive dagegen macht natürlich alle Schwankungen der stürmisch bewegten französischen Verfassungsgeschichte mit. Der ruhende Pol in der Erscheinungen Flucht ist dabei der Satz, daß jedes formelle Gesetz den Vorrang hat vor allen anderen Staatsakten, es sei denn, daß ausdrücklich und ausnahmsweise durch eine neue Verfassungsklausel Gegenstände, die vom Gesetz schon in Beschlag genommen sind, der Abänderung durch Verordnung preisgegeben werden.

Damit und mit einigen materiellen Spezialvorbehalten, aber unter Verzicht auf jeden allgemeinen materiellen Vorbehalt, der uns sagt, welche Staatsakte ihres Inhalts wegen der Gesetzesform bedürften, läßt sich nun offenbar ohne weiteres auskommen, wenn in einem Staate schon vor Erlassung einer bestimmten neuen Verfassungsurkunde eine konstitutionelle Gesetzgebung am Werke gewesen ist. Die Charte Constitutionelle von 1814 z. B. hatte es wirklich nicht nötig, zu sagen: alle Rechtssätze oder auch nur: alle Zivil- und Strafgesetze gehören zum Vorbehalt der Legislative, und sagt es auch nicht. Denn als sie erlassen wurde, lagen ja Code civil, Code pénal und andere gesetzförmige Kodifikationen schon vor [7]). Und so tritt denn überhaupt bei Neuordnungen der Staatsverfassung im großen und ganzen der Bestand schon vorhandener vorrangskräftiger konstitutioneller Gesetze an Stelle eines, insoweit entbehrlichen, materiellen Vorbehaltsprinzips.

Immerhin konnte es noch einige Materien geben, die durch vorkonstitutionelle Normen geregelt waren. Da war

---

[6]) Jellinek, 75, 230. — O. Mayer, Theorie des französ. Verw.Rechts 2 ff. — Arndt, Das selbständige VO.Recht (1902), 57 ff. — Cahen, La Loi et le règlement (1903), 51. — Anders: Oeschey, D. bayerische Verf.Urk. u. die Charte (1914), 81.

[7]) Insofern steht in der Charte const. der Hauptsatz über das Verhältnis der Verordnung zur Legislative nicht in art. 14, sondern in art. 68: „Le Code civil et les lois actuellement existantes qui ne sont pas contraires à la présente Charte, restent en vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé. — Daß konstitutionelle Gesetze nur in Gesetzesform abänderbar sind, ist selbstverständlich und wird deshalb in den Verfassungsurkunden nicht ausdrücklich gesagt. Eine Ausnahme macht art. 94 der russischen Verfassung.

dann dreierlei möglich: Entweder überließ man es dem Spiel der Politik, ob die Neuregelung dieser Materien vom Gesetz oder von der Verordnung okkupiert werde; oder man unterschied sie irgendwie ihrem Inhalte nach, z. B. darnach, ob sie »Rechtssätze« enthalten oder nicht [8]) — was aber dem rein formellen Gesetzesbegriff der Charte gegenüber willkürlich gewesen wäre —; oder endlich, man erinnerte sich, daß doch auch schon der absolute Staat gewisse durch ihre Form, z. B. Publikation oder Enrégistrement, hervorgehobene königliche Gesetze gekannt hatte und sprach allen diesen und nur diesen Vorrangskraft zu. Es scheint — genauer habe ich nicht nachgeforscht —, daß die französischen Juristen sich mit der Frage nur wenig geplagt haben. Sie spielte eben praktisch keine erhebliche Rolle, weil die Charte von 1814 auf einem sehr breiten Sockel unzweifelhafter Gesetze errichtet war und weil dann die Charte von 1830 überhaupt alle selbständige königliche Verordnungsgewalt beseitigt hat [9]).

Von höchster Bedeutung aber wird die Frage natürlich, wenn irgendwo eine Erstverfassung mit rein formellem Vorbehaltsprinzip auf den Normenbestand einer bisher absoluten Monarchie gesetzt wird. Das kommt, wie sich nachher

---

[8]) So, sagt JELLINEK S. 81, meine es „ohne klares Bewußtsein zwar" die Konsularverfassung und die französische Jurisprudenz habe ihr diese Auslegung gegeben. Dafür gibt er aber keine Belege. Man muß vorsichtig beachten, daß französische Autoren, wenn sie dem ihnen geläufigen formellen Gesetzesbegriff einen materiellen gegenüberstellen, das in der Regel (in Anlehnung an ROUSSEAU) nur theoretisch begrifflich meinen — so auch der von JELLINEK gen. MERLIN; oder politisch, um zu bestimmen, wann Gesetze, wann Verordnungen besser am Platze sind. Zur Entscheidung der Frage nach einem materiellen Vorbehalt, die unsere deutschen Autoren so lebhaft beschäftigt, dient ihnen ihr materieller Begriff nicht. Da genügt ihnen das Vorrangsprinzip zusammen mit den Spezialvorbehalten (über Etat, Anleihe usw.). Bezeichnend das gelehrte Buch von CAHEN (oben n. 6), der wohl nicht ganz erfaßt, worauf es den deutschen Juristen eigentlich ankommt. Ferner MOREAU, Le règlement admin. (1902) und dazu GMELIN, Ueber d. Umfang des kgl. Verordnungsrechts in Italien (1907) 7 u. 13 ff.

[9]) LANJUINAIS, Constit. de la nation Fr. I, 259 ff., unter der Ueberschrift „Abrogation des Lois" versagt. S. 244 zeigt, daß er unter lois proprement dits gesetzförmige allgemeine Regeln versteht; keineswegs nur die „Rechtssätze" oder auch verordnungsförmige Regeln. — Bemerkenswert dagegen DUFOUR, Traité gén. de Droit admin. I² (1854) 50, wiewohl er den Kern unserer Frage verfehlt.



zeigen wird, für die Auslegung der preußischen Verfassung in Betracht. Nicht aber für die zunächst zu erwähnende belgische!

Als der belgische Staat geschaffen wurde, waren in seinem Gebiete aus der französischen und aus der holländischen Zeit eine Fülle konstitutioneller Gesetze über alle Gegenstände, welche in modernen Verfassungsstaaten gesetzlich geregelt zu sein pflegen, schon in Kraft [10]). Ueberdies hat der König der Belgier überhaupt nur ausdrücklich übertragene Kompetenzen und keinerlei hergebrachte »selbständige« Anordnungsgewalt. Infolgedessen konnte sich die Verfassungsurkunde damit begnügen, die Legislative rein formell zu organisieren und gewisse einzelne Staatsakte ihr ausdrücklich zuzuweisen. Auch die Rechtswissenschaft sah sich höchstens veranlaßt, den Begriff der Exekutive und die Einzelkompetenzen der Regierung einigermaßen ausdehnend zu deuten, um der Verwaltung Luft zu schaffen, hatte aber keinerlei Grund, nach einem materiellen Gesetzesbegriff zu suchen und in ihm das Vorbehaltsprinzip zu sehen [11]). Was zum Vorbehalt gehört, ist durch den status quo konstitutioneller Gesetze bezeichnet.

Ja, wenn man die Verfassungsurkunden der modernen Staaten durchsieht, so ergibt sich, daß die Mehrzahl sich unzweifelhaft darauf beschränkt, die Legislative zu organisieren und ihr gewisse spezielle Zuständigkeiten zuzuweisen, ohne ein allgemeines materielles Prinzip aufzustellen. Die Folge ist verschieden, je nachdem, ob — wie in Belgien — das Prinzip der Nationalsouveränetät zugrundegelegt ist, oder, wie in Japan und Rußland, das monarchische Prinzip; ob eine konstitutionelle Gesetzgebung schon vorausgegangen ist, oder nicht. Die russische Jurisprudenz hätte allen Anlaß, zu untersuchen, welche vorkonstitutionellen Erlasse des Zaren seit der Verfassung als »Gesetze« nur noch mit Zustimmung der Duma

[10]) ERRERA, D. Staatsr. d. Kgr. Belgien (1909), S. 1.

[11]) VAUTHIER, D. Staatsr. d. Kgr. Belgien (1892), 77: „Die Unterscheidung, welche deutsche Gelehrte zwischen Gesetz in materiellem und Gesetz in formellem Sinne aufstellten, wäre in Belgien ohne jede praktische Bedeutung." — ARNDT, Selbst. VO.R. 61 ff. — ERRERA 37 ff., 73. — GMELIN (oben n. 8) S. 7 u. darüber, daß in parlamentarisch regierten Staaten die Mehrheit an Erweiterung des Verordnungsrechts interessiert ist, S. 138.



geändert werden dürften, und scheint auch Anläufe dazu gemacht zu haben. Aber von den Autoren, die ich zu Rate gezogen habe, biegt GRIBOWSKI wieder aus, andere übertragen die deutsche Lehre vom Rechtssatzvorbehalt auf das russische Recht. Dazu gibt aber der Wortlaut der russischen Verfassungsurkunde keinen Anhalt[12]).

Materielle Abgrenzungen haben von ausländischen Verfassungen jedenfalls die schwedische und die norwegische in ihrer besonderen Weise. Sie stehen überhaupt etwas abseits der allgemeinen Entwicklung.

Ich erwähne das alles, um zu zeigen, daß die Verwendung eines rein formellen Gesetzesbegriffes im modernen Konstitutionalismus die Regel ist und von vornherein die Vermutung dagegen spricht, daß die aus dem französischen und belgischen Recht übernommenen Formulierungen der preußischen und österreichischen und der Verfassung des Deutschen Reichs (wie auch der japanischen) in einem anderen Sinne gemeint seien, als die Vorbilder.

Aber freilich: zwischen ursprünglicher Meinung des Grundgesetzes und geltendem Recht vermag ein Unterschied zu entstehen, wenn die staatsrechtliche Theorie eines Staates, unterstützt von der Politik, andere Bahnen einschlägt. Und so ist es, wie ich glaube, in Preußen gegangen. Die deutsche Staatsrechtslehre hat das ursprüngliche System der Verfassungsurkunde überwachsen und gewandelt!

Die deutsche Staatsrechtslehre nämlich ist groß geworden an den Verfassungsurkunden der Mittelstaaten aus der vormärzlichen Zeit. Diese Verfassungen haben allerdings eine materielle Vorbehaltsgestaltung, die dann von der Theorie auf den gemeinsamen Nenner eines eigentümlichen, konventionellen Rechtssatzbegriffs gebracht worden ist. Von ihnen also und von diesem Rechtssatzbegriff muß ich, in gedrängter Kürze, noch reden, bevor ich an das preußische Recht herantreten kann.

Es ist bekannt, daß die deutschen Regierungen, als sie nach den Befreiungskriegen an das Werk der Verfassungsgesetzgebung gingen, nur zögernd und widerwillig sich dazu

---

[12]) GRIBOWSKI, Das Staatsr. d. russischen Reiches (1912), 79 ff.; PALME, Die russ. Verf. (Kommentar, 1910), 156; FISCHELEWITSCH, Ueber den Umfang des mon. VO.Rechts usw. Heidelb. Diss. 1912.



entschlossen haben, den neuen Landständen einen den Wünschen der öffentlichen Meinung entsprechend großen Wirkungskreis einzuräumen. Ihr Streben ging auf einen engen Vorbehalt des Gesetzes und überhaupt mehr auf eine modernisierte »landständische«, als auf eine »konstitutionelle« Verfassung mit »Gewaltenteilung«[13]. Nicht zu umgehen war der Satz, daß ohne Einwilligung des Landtags keine neue Steuer erhoben werden dürfe, auch keine Anleihe aufgenommen und keine Domäne veräußert werden könne. Derartige Sätze bildeten schon den Kern der alten Landesverfassungen. Sie schaffen außerdem dem Staate Kredit. Notwendiges Zugeständnis war ferner, daß die in die Verfassungsurkunde aufgenommenen organisatorischen und sonstigen Sätze nicht ohne Zustimmung des Landtags geändert werden. Im übrigen wollte man den Landständen auch neue Gesetze — leges generales in einem materiellen Sinne — vorlegen. Indes am liebsten nur zur Beratung; und wenn das gelang mochten es immerhin alle Gesetze sein. Die alten Landstände hatten ja in der Regel gar kein Recht auf »Konkurrenz bei der Gesetzgebung« gehabt. Da sich aber diese Linie nicht halten ließ und ein votum decisivum bei der Gesetzgebung nicht zu umgehen war, so griff man zu dem Versuch, das Gebiet der Gesetzgebung zu teilen[14]. Die meisten Regierungen haben sich hiefür der, vom Freiherrn v. STEIN aufgebrachten, Beschränkung der landständischen Zustimmung auf »allgemeine neue Landesgesetze, welche die Freiheit und das Eigentum der Staatsangehörigen betreffen«, bedient. STEIN mag damit »liberty and property« so allgemein haben schützen wollen, daß die Sache auf eine Definition dessen hinausläuft, was wir heute »Rechtssatz« nennen. Wir wissen aber, daß urteilsfähige Zeitgenossen der Meinung waren, die Mitwirkung werde durch diese Formel recht empfindlich beschränkt[15], ohne

---

13) HUBRICH, Verw.Arch. XVII, 50. — Vgl. GG. MEYER-ANSCHÜTZ, Lehrb.[7] (1914) 151 n. 5 (MEISNER). — WOLZENDORFF (Besprechung von Ingelmann) Arch. f. ö. R. XXXIV, 201 ff.

14 Vgl. FRANZ ROSIN, Gesetz u. VO. nach badischem Staatsrecht, 1911. Dazu THOMA, Archiv f. ö. R. 28 S. 573.

15) THOMA, Z. f. bad. Verw., 1906, S. 95. — HUBRICH, Verw.Arch. XVII, 53 n. 28. — FR. ROSIN 10 ff., 64 f. — OESCHEY (oben n. 6), 83 n. 6. — In Württ. hat der Landtag die Freiheits- n. Eigentumsklausel aus dem jetzigen § 88 gestrichen, wozu der Kommissionsbericht bemerkt: „... ist den Stän-

daß wir je werden ergründen können, wie sichs ein jeder genauer gedacht hat, oder auch nur unterstellen dürften, die Verfasser der verschiedenen Entwürfe hätten sich dabei das gleiche gedacht. Juristisch kommt auch nicht viel darauf an. Die Regierungen haben nämlich auch diese Stellung nicht zu halten vermocht. In Württemberg, Sachsen und Hessen haben sie die Zustimmung zu allen Gesetzen zugestehen müssen. In die bayerische und badische Verfassung ist die Formel zwar hineingekommen, aber praktisch hat in der Folge der Landtag doch ungefähr dasselbe Gebiet erobert wie in den anderen Staaten. Das schon in den dreißiger Jahren feststehende Ergebnis war, daß für alle vormärzlichen Verfassungen ein gleicher, durch gegenseitiges Nachgeben und unter wesentlicher Mithilfe der Wissenschaft gewonnener, Umkreis von Materien den Vorbehalt des Gesetzes ausmacht. Man kann ihn als den deutschen staatsrechtlichen Begriff des Gesetzes im materiellen Sinne bezeichnen.

Es ist üblich geworden, diesen Begriff dadurch zu verdeutlichen, daß man sagt, es handle sich einfach um die Erlassung neuer »Rechtssätze«. Das ist eingebürgert und muß festgehalten werden. Aber nichts ist verkehrter, als der verbreitete Irrtum, dieser Rechtssatzbegriff lasse sich irgendwie theoretisch, logisch, philosophisch bestimmen; ein Irrtum der unsere bedeutendsten Staatsrechtslehrer in unfruchtbare Streitigkeiten verwickelt hat. Dieser Rechtssatzbegriff ist historisch-konventionell und lediglich beschreibend zu definieren.

Theoretisch-logisch kann der Begriff Rechtssatz immer nur bezeichnen die vom Recht im Gegensatz zu den von Sitte, Sittlichkeit, Religion geheiligten oder von rechtloser Gewalt gesetzten Geboten. Demnach ist auch die Anordnung im inneren Verwaltungsdienst, die Festsetzung von Anstaltsbenützungstaxen Rechtssatz. Von hier aus ist der

---

den die vollständige Mitwirkung gesichert". Der § wurde dann „unter mehrfältigen Aeußerungen von Zufriedenheit und Dank angenommen". FRICKER, Die Verf.Urk. f. d. Kgr. Württ. (1865) 111, 164, 189, 364. — Dagegen: ANSCHÜTZ, Die gegenwärtigen Theorien über d. Begriff d. gesetzgebenden Gewalt (1901) 170 n. 165. — Für Sachsen s. OTTO MAYER, Das Staatsrecht d. Kgr. Sachsen (1909) 156. — Für Hessen s. ANDRES, Einführung des konstit. Systems in Hessen (1908) 245, VAN CALKER, Hess. Staatsrecht (1913) 153.

Widerspruch zu verstehen, der gegen den Begriff des »bloß formellen Gesetzes« der LABANDschen Schule erhoben worden ist (v. MARTITZ, ZORN [15a]), HAENEL). Ebenso kann, wie das vor allem GIERKE immer betont hat, eine organisatorische Norm selbst bescheidenster Art theoretisch nicht anders denn als Rechtssatz bezeichnet werden. (In diesem Punkte hätten die Vertreter des konventionellen Rechtssatzbegriffes zur Vermeidung von Mißverständnissen beitragen können, wenn sie sich und andern klar gemacht hätten, daß alle organisatorischen Bestimmungen unter sich gleicher materieller Natur sind. Sie wären dann folgerichtig zu der Erklärung gelangt, keine rein organisatorische Norm ist in unserem Sinne Rechtssatz, auch diejenige nicht, die in eine Verfassungsurkunde oder in ein anderes formelles Gesetz insbesondere die Prozeßordnung geraten ist; auch diese gesetzförmigen Anordnungen sind »bloß formelle Gesetze«.)

Praktisch-verfassungsrechtlich gilt ein anderer Rechtssatzbegriff! Die materiellen Vorbehaltsgrundsätze sind nach fester Praxis und Lehre nicht so gemeint, daß sie alle von Staats wegen zu erlassenden Rechtssätze im theoretischen Sinne umfassen sollen. Das ganze Gebiet der sog. Verwaltungsverordnungen haben die Regierungen ihrer Verordnungsgewalt gerettet. Als »Rechtssätze« im staatsrechtlich-herkömmlichen Sinne gelten nur die Anordnungen im allgemeinen Gewaltverhältnis. Von den organisatorischen Anordnungen aller Art gelten ferner nur gewisse Klassen als »Rechtssätze«, die sog. rein organisatorischen nicht. Dabei ist die Grenzlinie wiederum übereinkömmlich ungewiß, nicht logisch [16]).

Auch die übliche Gleichsetzung dieser »Rechtssätze« mit Eingriffen in Freiheit und Eigentum ist konventionell. Denn wir sind ja nicht im Zweifel, daß Schulregulative [17]), Anordnungen der Kommandogewalt, Hausordnungen der Strafanstalten, manches in Zollregulativen, Verhaltungsvorschriften für Staatsbeamte, auch irgendwie »geltendes Recht« sind und tief und unentrinnbar in Freiheit und Eigentum eingreifen. Trotzdem ist's nicht so gemeint, daß das zum Vorbehalt ge-

---

[15a]) Neuestens ZORN in der 5. Aufl. v. RÖNNE's III (1915), 1 f.

[16]) Vgl. O. MAYER I² 67 n. 4.

[17]) Auch für höhere Schulen, vgl. z. B. Pr. Verw.Bl. 36 S. 528; auch Universitätsstatuten.



hören soll. So wichtig diese Dinge sind, wichtiger als manche »Rechtssätze«: der Landtag wird ihnen fern gehalten [18]).

Man könnte die Definition versuchen: »Rechtssätze« sind die Normen, die im allgemeinen Gewaltverhältnis Freiheit und Eigentum betreffen. Aber da müßten wir uns auch wieder in der Stille verabreden, wo das allgemeine Gewaltverhältnis aufhören und ein besonderes anfangen soll. Das ist nämlich eine Frage konstruktiven Beliebens [19]). Früher war man geneigt, auch die Polizeiverordnungen vom Rechtssatzbegriff auszunehmen [20]). Das ist nicht so sonderbar, wie es zunächst scheint. Otto Mayer hat uns den Blick dafür geöffnet, daß man die Polizeigewalt auch konstruieren kann als bloße Vollziehung eines zu Recht bestehenden, objektiven polizeilichen Pflichtenkreises [21]). Eine Konstruktion, die wir heute als uferlos verwerfen, die aber ihre Zeit gehabt hat und in der vom preußischen Oberverwaltungsgericht gepflegten Lehre von den polizeilichen Pflichten des Eigentümers nachklingt [22]). Es ist bezeichnend, daß man seinerzeit in Süddeutschland und in Preußen die gesetzliche Untermauerung der Polizeiverordnungen nicht so sehr wegen ihres Inhalts, als wegen der damit verknüpften Strafdrohung gefordert hat. Denn Androhung von Sühnestrafe gilt durchaus als Rechtssatz.

Nach rückwärts zerreißt dieser materielle Vorbehalt die vorkonstitutionellen Gesetze in vorbehaltsgeschützte und verordnungsförmig veränderliche Normen [23]).

[18]) Während in England z. B. verpflichtende Befehle an die Lokalbehörden grundsätzlich zum Vorbehalt gehören. Köllreutter (oben n. 3) 160, 225 mit 88 f. — Wiederum eine Frage für sich ist, was Rechtsnorm sei im Sinne der Bestimmungen über das Rechtsmittel der Revision; vgl. W. Jellinek, Gesetz u. Gesetzesanwendung (1913) z. B. 93 ff.

[19]) Fleiner, Institutionen d. d. Verw.Rechts³ 157 n. 7.

[20]) Einige Belege z. B. bei Thoma, Polizeibefehl 120 n. 14 a. Ende. 107 ff.; v. Daniels bei Arndt, Selbst. VOR. 134; für Belgien Jellinek a. a. O. 99 n. 38, Anschütz, Theorien 145.

[21]) I¹ 250 ff.; I² 216 f.

[22]) Anschütz, Kommentar z. pr. Verf.Urk. I (1912) 162 f., 231. — Vgl. auch die Ausdrucksweise, durch Polizeiverordnungen könnten „polizeilich erzwingbare Verpflichtungen nicht begründet, sondern nur geregelt“ werden! OVG. 67 S. 401 (U. v. 5. V. 14).

[23]) So bes. klar Wächter, Handb. des württ. Privatrechts II (1842) 31 f. — Bedenken dagegen bei Zöpfl, Grundsätze des gemeinen d. Staatsrechts II² (1863) S. 521 in § 439, u. v. Stockmar (unten n. 45) 198.



Politisch entspringt er dem Geiste eines staatlich unreifen Geschlechts, das von seinen Landtagen lediglich Schutz gegen den »Staat« und gegen unbedachte Neuerungen erwartet. Er ist vom Standpunkte der Volksvertretung betrachtet bescheiden — wichtiger sind die finanziellen Rechte! — und das entspricht der geschichtlichen Lage, aus der die vormärzlichen Verfassungen erwachsen sind.

Verwaltungsrechtlich ist vor allem wichtig, wie es mit den Individualakten steht, den leges speciales. Unsere neuere Literatur hat sich da stark für die Frage interessiert, ob gesetzförmige Individualakte auch im materiellen Sinne des Wortes Gesetze heißen dürften und hat sie recht begriffsjuristisch behandelt. Gg. Meyer verneint, Laband, H. Rosin, Gg. Jellinek und Anschütz bejahen. Sonderbarerweise ziehen sie aber daraus nicht den Schluß, daß dann alle Individualakte, wie Enteignungen, neu-verpflichtende Polizeiverfügungen, Verleihung und Entziehung der Rechtspersönlichkeit oder des Adels, Akte der Aufsichtsgewalt über Körperschaften, Dispensationen und Gnadenakte, Konzessionen und Konzessionsentziehungen, allemal auch Gesetze in materiellem Sinne sind, wenn ihr Inhalt, generell angeordnet, eine Rechtsverordnung (im Sinne Labands) wäre. Sie lieben es vielmehr, die Verfügungen als »Rechtsgeschäfte« zu den leges in Gegensatz zu stellen. Als ob nicht jede Anordnung, von oben her betrachtet, ein Rechtsgeschäft wäre, z. B. auch die Erlassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, indem der Reichsgesetzgeber hierbei von der ihm übertragenen Befugnis einen konkreten Gebrauch macht. Und als ob nicht jede Anordnung, von unten her betrachtet, Rechtssatzung — lex generalis oder specialis — wäre, z. B. auch eine Gewerbserlaubnis, eine Eingemeindung, eine Zwangsinnungsbegründung, eine Einbürgerung, indem diese Akte dem betroffenen Lebensverhältnis sein Recht setzen; ja jede Vertragsschließung, indem sie (von unten betrachtet) die sog. lex contractus schafft [24]). — Die

[24]) Während die Vollziehungen dem Einzelfall das Recht nicht setzen, sondern, Angeordnetes ausführend, aussprechen (judicium) und autoritativ festsetzen, z. B. Steuerveranlagung und gewöhnlicher Baukonsens. — Ueber die „Doppelnatur" der Polizeiverordnung vgl. H. Rosin, Pol.VOR. S. 270. — Radbruch, Rechtsphilosophie (1914) 174, 207, erkennt das wahre Verhältnis von Rechtssatz und Rechtsgeschäft, während H. Rosin 23 f. und die von ihm in n. 44 Genannten dieser Erkenntnis lediglich nahekommen.



Hauptfrage ist aber nun offenbar nicht die nach der begrifflichen Einordnung der Individualakte. Die Hauptfrage ist, ob die Verfassung mit dem »Rechtssatz«-Vorbehalt unmittelbar und sofort die aus dem absoluten Staate mitgebrachte Einzelanordnungsgewalt der Krone an Zustimmung des Landtags (oder gesetzliche Ermächtigung) habe binden wollen. Meist wird einfach als Axiom gelehrt, auch Einzeleingriffe in »Freiheit und Eigentum« sowie Dispensationen dürften seit der Verfassung nur noch als Gesetz oder auf Grund einer (alten oder neuen) rechtlichen Ermächtigung erlassen werden. Erst seit OTTO MAYER betont hat, daß hier ein Problem liegt, wird sorgfältiger nach Begründungen des Satzes gesucht; z. B. durch das rechtsstaatliche Argument, was die Verwaltung nicht allgemein anordnen dürfe, dürfe sie erst recht nicht von Fall zu Fall verfügen[25]).

Die Sache scheint mir so zu liegen: Der Herrscher des absoluten Staates, als viva vox legis, ist in der Lage, Recht und Regel durchkreuzende oder überbietende Individualakte — Dispensationen und Prägravationen, Strafschärfungen (das übliche Beispiel des privilegium odiosum), Eigentumsentziehungen (einschließlich Konfiskation), Naturalisationen u. dgl. — entweder selbst zu erlassen, oder kraft Spezialmandats[26]) von der Behörde aussprechen zu lassen, oder durch Bestätigung der vorläufigen Verfügung einer Behörde zu bewirken. Die Frage ist nun zunächst, ob der Vorbehalt der »Gesetze« hiefür künftig landständische Zustimmung fordert. Das läßt sich nicht »begrifflich« deduzieren. Die Jurisprudenz hatte von jeher einen weiteren Gesetzesbegriff im Gebrauch, der in die Unterarten der lex generalis (Rechts r e g e l) und der lex specialis zerfällt. Es kommt nicht darauf an, abzuzählen, welcher Begriff mehr im Schwange war, oder gar welcher »richtiger« ist, sondern darauf, welcher in den Verfassungen gemeint ist. Die bayerische und die badische nun rechnen ausdrücklich nur die »allgemeinen« Gesetze, d. h. die leges generales, zum

[25]) O. MAYER I[1] 75, 79 (es ist selbstverständlich, „alles andere ist Vorwand"); Archiv f. ö. R. XVIII 101. — THOMA, Polizeibefehl 102 f. — OESCHEY 86 n. 4. — Gründliche und aufschlußreiche Untersuchung jetzt bei O. BÜHLER, Die subjektiven öffentlichen Rechte (1914), 71 ff.

[26]) Von allgemeinen gesetzlichen Ermächtigungen ist hier nicht die Rede.



Vorbehalt. Aber auch die württembergische, hessische, sächsische Verfassung meinen es nicht anders. Sie wollen insbesondere die praktisch wichtige Dispensationsgewalt der Krone nicht versagen — das haben die französische und belgische von 1830 getan. Die älteren Autoren sind in diesem Punkte einig[27]). Auch G. MEYER hat noch im Jahre 1881 ausgeführt, daß das Recht des Landesherrn zu Individualverfügungen durch den Vorbehalt der »Gesetze«, d. h. der Rechts r e g e l n, nicht unmittelbar berührt sei. Aehnlich H. SCHULZE. Dann sind beide mehr oder minder umgefallen[28]). Nur OTTO MAYER hat sich nicht beirren lassen! Er hält daran fest, daß der Form des Gesetzes die Erlassung von Rechtssätzen im Sinne von Rechtsregeln vorbehalten ist, und nun erst weiter gefragt werden muß, wie es mit den Verfügungen steht[29]).

Gehen wir also weiter! Was der allgemeine Vorbehalt ausläßt, können Sondervorbehalte einfangen. Der Landesherr könnte z. B. im Einzelfall ein Spezialstrafgericht anordnen. Aber dagegen schützt den Bürger der Sondervorbehalt: »Niemand darf seinem ordentlichen Richter entzogen werden.« Solcher Bestimmungen gibt es in den vormärzlichen Verfassungen noch einige, wenn auch nicht so viele wie in denen

---

[27]) Vgl. die Angaben bei GG. MEYER-ANSCHÜTZ[6] 652 n. 12; STEINITZ, Dispensationsbegriff u. Dispensationsgewalt (1901), 51 ff., und 11 n. 7 über die selbständige landesherrliche E h e s c h e i d u n g, die erst das BGB. beseitigt hat (SARTORIUS, Komm. z. Personenstandsges. (1902), 449).

[28]) GG. MEYER in Grünhuts Z. VIII. 19, 26. — H. SCHULZE, Lehrb. d. D. Staatsr., 517 n. 1 u. bes. deutlich Preuß. Staatsrecht 1. Aufl. II, 204 ff. Dagegen dann ausdrücklich 2. Aufl. (1890) I, 1. S. 4 n. 2. Ueber v. RÖNNE s. unten n. 101. — Auch das Reichsgericht hält an der Allgemeinheit fest; HUBRICH, Annalen 1904 S. 828. — Der Begriff der „Allgemeinheit" ist natürlich wieder historisch-übereinkömmlich, nicht logisch. Privilegien sind in der Regel als „Rechtssätze" zu werten; Konzessionen, Titelverleihungen, Baudispense als „Verwaltungsakte", obwohl sie (von unten betrachtet) gewisse von der Allgemeinheit und für die Zukunft zu beachtende Regeln enthalten (vgl. THOMA, Polizeibefehl, 73 n. 31). Polizeiliche Allgemeinverfügungen werden in Preußen als „Verfügungen", in Süddeutschland als „Verordnungen" gewertet: Polizeibefehl 59 ff. Gründliche Erörterung der „Allgemeinheit" jetzt bei W. JELLINEK (oben n. 18) S. 142 ff.

[29]) I^1 75, 79, 91 n. 17 u. bes. I^2 75; I^2 349 n. 15 (Bindung an das m i t d e m L a n d t a g erlassene Gesetz) glaube ich trotz 81 n. 9 für meine im Text ausgeführte Ansicht anführen zu können. Ebenso LÖNING, Lehrb. 227 f.; ARNDT, Das VO.Recht d. D. Reichs (1884) 234; LABAND, Archiv f. ö. R. VII. 191.



der Jahre 1848 ff. Besonders deutlich ist die Sache bei den Verfassungsartikeln über die Enteignung. Daß der Eigentümer vom Landesherrn oder in seinem Auftrage ex jure eminenti gezwungen werden kann, sein Eigentum abzutreten, wird vorausgesetzt und es wird dafür auch keineswegs gesetzliche Untermauerung verlangt (wie in der preuß. Verf.Urk.[30]). Verlangt wird nur in jedem Falle Entschließung der obersten verantwortlichen) Staatsbehörde und vorherige Entschädigung. Oder: Bayer. Verf.Urk. IV § 11 sagt, die Freiheit der Presse sei nach den Bestimmungen des hierüber erlassenen Edikts »gesichert«. Das ist keine bloße Mitteilung, sondern bewirkt, daß es hier keine Durchkreuzungen im Einzelfall gibt, daß die Presse verfassungsrechtlich vor »Willkür« sicher ist.

Mit alledem ist nun aber — das scheint mir der springende Punkt zu sein, wo die neuere Theorie im Ergebnis Recht bekommt, — die grundsätzliche Zulässigkeit der »Freiheit und Eigentum« betreffenden »selbständigen« Verfügungen[31]) nur vorerst gerettet, d. h. nur gegenüber den alten Gesetzen und fernerhin gegenüber allen landesherrlichen Verordnungen. Denn das sind seine Regeln, die der Landesherr im Einzelfall kreuzen mag. Sie sind schon immer unverbrüchlich für den Unterbau des Behördenorganismus, aber nicht für die Spitze. Es fehlt die ratio allseitiger Vorrangskraft. Sobald nun aber die konstitutionelle Gesetzgebung einsetzt, beginnt ein neues Spiel! Das sind nun nicht mehr allein seine Gesetze, der Landesherr hat sie mit dem Landtag vereinbart. Es mag sein, daß älteste formelle Gesetze noch rechnen mit einer Dispensationsgewalt der Krone[32]). In aller Regel aber ist nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, die auch

---

[30]) Auch nicht durch sächs. Verf.Urk. § 36 („ . . oder durch dringende Notwendigkeit geboten".) — § 13 bad. Verf.Urk. („Eigentum und persönliche Freiheit der Badener stehen für alle auf gleiche Weise unter dem Schutze der Verfassung") bezieht sich auf Gleichheit und Gleichmäßigkeit des Rechtsschutzes und wird in §§ 14—16 näher ausgeführt.

[31]) Soweit der Vorbehalt Lücken frei läßt, wirkt der Verwaltungsakt „selbständig": O. Mayer I² 100.

[32]) Der Vorrang allein spricht nicht dagegen, denn Durchkreuzung im Einzelfall ist nicht Aufhebung — eine oft ausgesprochenen Einsicht. — Laband, Archiv VII 205 nimmt an, alle Steuergesetze würden mit der stillschweigenden Generalklausel „vorbehaltlich königlicher Gnadenakte" erlassen.

in diesen Sphären Leitsterne der Deutung von Konsensen sein müssen, anzunehmen, daß konstitutionelle Gesetze als unverbrüchlich gerade auch für die Krone gemeint sind; daß eine Durchkreuzung ihrer Regeln, die ja bis zur völligen Entwertung des Vereinbarten gehen könnte (Testakte!), als Dupierung des Landtags, als in fraudem legis agere der Krone zu bewerten wäre. Und seit uns die Postulate des Rechtsstaats in Fleisch und Blut übergegangen sind, ist gar keine andere Annahme mehr statthaft. Die neueren Gesetze sind allgemein unverbrüchlich [33]). Die Sondervorbehalte (soweit sie gegen Individualakte gemünzt waren) sind insoweit überholt. Aber nicht weil das in der Verfassung stände, sondern weil die neuen Gesetze als unverbrüchlich vereinbart und gemeint sind.

Von praktischer Bedeutung ist diese Einsicht kaum. Auch die Analyse der preußischen Vorbehaltsgestaltung, der ich mich jetzt endlich zuwenden kann, wird es nicht sein. Aber für die rechtsgeschichtliche Erkenntnis und für das juristische Gewissen ist die vorgetragene Auffassung von Wert. Sie gibt dem Rechte, das mit uns geboren ist, theoretische Grundlagen, ohne in unhistorischer Weise in die primitiven Verfassungszugeständnisse vormärzlicher Regierungen Schärfe und Weite unserer rechtsstaatlichen Denkgewohnheiten hineinzudeuten. Nicht auf einen Schlag durch Verfassungsparagraphen, sondern Schritt für Schritt tritt der Rechsstaat ins Leben.

II. Die im Schoße der preußischen Regierung seit dem Jahre 1815 auftretenden Verfassungspläne und die vor dem Mai des Jahres 1848 erlassenen verfassungsartigen Gesetze zeigen dasselbe Bestreben, das in den andern deutschen Staaten der Zeit am Werke war: Lieber ein kleiner Vorbehalt, als ein großer; lieber Beratung als Zustimmung. Erst dem Vereinigten Landtag ist ein bescheidenes votum decisivum zugestanden worden. Erst die Verordnung vom 6. April 1848 verheißt »Zustimmung zu allen Gesetzen«, worunter schwer-

[33]) Und zwar je nach Umständen auch in den Kleinstaaten, die dem Landesherrn ausdrücklich Dispensationsgewalt zusprechen (vgl. Steinitz 29 f.), denn dieses Recht ist nicht unverzichtbar. — Die kurhess. Verf. § 96 hatte ausdrücklich unterschieden zwischen Dispensation von alten und von neuen Gesetzen und letztere nur für zulässig erklärt, wenn ausdrücklich vorbehalten. Vgl. Zöpfl II[5] 673.



lich etwas anderes gemeint ist, als »Rechtssätze«, wie in der württembergischen oder sächsischen Verfassung [34]).

Dann aber hat das Ministerium Camphausen-Hansemann, vor die Notwendigkeit gestellt, möglichst bald mit einem fertigen Entwurf vor die Nationalversammlung zu treten, sich nicht eine der deutschen Verfassungsurkunden zum Muster genommen, sondern die von den Konstitutionellen so hoch gepriesene belgische [35]). Hansemann, auf den vermutlich diese Rezeption, nicht eigentlich des belgischen Verfassungstyps, wohl aber wesentlicher belgischer Formulierungen, überwiegend zurückzuführen ist, folgte dabei einem allgemeinen Zuge der Zeit. Auch die Frankfurter Nationalversammlung und der konstituierende Reichstag zu Wien-Kremsier haben in jenen Tagen von allen vorliegenden Mustern das belgische am ausgiebigsten zu Rate gezogen. Die belgische Verfassungsurkunde kennt nun bekanntlich nur eine f o r m e l l e Organisation der Gewaltenträger und gerade diese Eigentümlichkeit haben die während und in der Folge der Bewegung von 1848 entstandenen Verfassungen von ihr übernommen. Der erste Absatz des art. 62 der preußischen Verf.Urk. (= art. 36 des Regierungsentwurfes vom 20. Mai 1848) ist eine genaue Uebersetzung des art. 26 der belgischen und auch in den artt. 45 und 86, welche die »Vollziehende Gewalt« und die »Richterliche Gewalt« im streng formellen Sinne konstituieren, erweist sich die preußische Verfassungsurkunde in der Technik der Funktionenteilung als Tochter des französisch-belgischen, nicht des süddeutschen Typs [36]). Sie zeigt »den scharf ausgeprägten formellen Gesetzesbegriff«, wie sich Georg Jellinek ausdrückt, dem wir die tiefste dogmengeschichtliche Untersuchung über die Entwicklung des Gesetzesbegriffs verdanken [37]).

Insofern tritt das preußische Grundgesetz in die allge-

---

[34]) Anschütz, Theorien, 171. — Smend (oben n. 4) 4.

[35]) Smend 5—9; Anschütz, Kommentar, 37.

[36]) art. 62: „Die gesetzgebende Gewalt wird gemeinschaftlich durch den König und durch zwei Kammern ausgeübt.

Die Uebereinstimmung des Königs und beider Kammern ist zu jedem Gesetze erforderlich.

Finanzgesetzentwürfe und Staatshaushaltsetats werden zuerst der zweiten Kammer vorgelegt; letztere werden von der ersten Kammer im ganzen angenommen oder abgelehnt."

[37]) Gesetz u. VO. 116—118, vgl. 99. — S. aber unten n. 51.

meine Entwicklungsreihe des Konstitutionalismus ein, die, wie sich oben gezeigt hat, an der Vorbehaltsgestaltung der deutschen Mittelstaaten vorbeiführt und der sich auch die österreichische Verfassung von 1867 und die deutsche Reichsverfassung [38]) eingliedern, worüber ich mich hier nicht verbreitern kann.

Für die Richtigkeit dieser Ansicht, daß die preußische Verfassung, gleich ihrem belgischen Vorbild, keinen allgemeinen materiellen Vorbehalt kennt, lassen sich auch aus den Materialien Argumente gewinnen [39]) und überzeugende Beweisgründe aus dem Zusammenspiel des art. 62 mit anderen Artikeln, insbesondere daraus, daß der art. 63 das, was er sagen soll, nur dann ungezwungen ausdrückt, wenn im art. 62 von Staatswillensakten »mit Gesetzeskraft« die Rede ist [40]). Man sieht: Nichts ist natürlicher, geschichtlich und exegetisch einleuchtender, als daß die preußische Verfassungsurkunde die französisch-belgische Vorbehaltsgestaltung gewählt hat, die mit dem formellen Gesetzesbegriff und dem Vorhandensein eines Schatzes von formellen Gesetzen der vorausgehenden Staatsverfassungsepochen arbeitet. Ich glaube auch nicht, daß irgend jemand sich gegen diese Auslegung gesträubt hätte, wenn nicht ganz besondere Gründe dafür gegeben gewesen wären. Diese Gründe sind mannigfaltiger Natur. Einmal ist das Kriterium des vorkonstitutionellen Gesetzes nicht ausdrücklich bezeichnet und wäre, wie sich zeigen wird, dem Parlamente günstiger gewesen, als es dem realen Kräfteverhältnis zwischen Krone und Parlament in Preußen entsprochen hätte. Sodann war die deutsche Staatsrechtslehre schon in ihren mittelstaatlichen Gleisen festgefahren und ist später-

[38]) Woraus aber keine Rechtsverordnungsgewalt des Bundesrats folgt.

[39]) Es ist niemals ausdrücklich von einem allgemeinen materiellen Vorbehalt die Rede. — § 81 des Regierungsentwurfs unterscheidet deutlich zwischen „Gesetzen" und „Rechtsnormen" BORNHAK, Preuß. Staatsr. I² 516. — Die Motive der XIII. Verf.-Proposition des Königs v. 7. I. 50 betonen, daß die Grenze zwischen den Gebieten der Gesetzgebung und der Verordnung unsicher sei und Grundsätze darüber sich erst entwickeln müßten (d. h. nicht schon in der Verfassungsurkunde selbst ständen). — Wegen der Verhandlungen zu art. 106 s. unten bei n. 42.

[40]) SMEND 32. Allerdings ist art. 63 (oktr. Verf. art. 105) erst in der revid. Verf. dicht hinter art. 62 gerückt. — Ferner das erwähnte Verhältnis zu artt. 45, 86, die *sicher* formell gemeint sind. — ARNDT, Selbst. VOR., 115 ff.



hin ARNDT, der Hauptkämpfer für die richtige Auslegung des art. 62, kein guter Anwalt seiner Sache gewesen. Endlich haben hervorragende Autoritäten mit einer Hartnäckigkeit des Vorbeisehens, über die ich mich nicht genug wundern kann, geglaubt, das System des preußischen Verfassungsrechts zeige eine unerträgliche Lücke, wenn man nicht irgendwie den materiellen »Rechtssatz«vorbehalt hineinbringe und dadurch das prinzipiell gegebene selbständige königliche Verordnungsrecht beschränke. Sie haben deshalb versucht, entweder im Abs. 2 des art. 62 — der allerdings eigenes preußisches Gewächs ist, ohne belgisches Vorbild — den Rechtssatzvorbehalt zu entdecken, oder haben ihn sonstwie in die Verfassung hineingedeutet.

Einig ist man nur darin, daß der König von Preußen ein grundsätzlich allumfassendes Anordnungsrecht hat — keineswegs nur, wie der belgische, die in der Verfassung aufgezählten Kompetenzen —, das nun aber insoweit nicht mehr besteht, als der Vorbehalt reicht, oder der Vorrang neuer Gesetze entgegensteht. Im übrigen sind nicht weniger als vier Lehrmeinungen hervorgetreten. Dabei ist die Sache keineswegs so, daß die eine richtig, die andern falsch wären! Ein wahrer Kern steckt in allen und ich hoffe im folgenden deutlich machen zu können, daß die Lehre, art. 62 enthalte den materiellen Gesetzesbegriff, so unhaltbar sie ist, wenn es auf den Sinn der Verfassungsurkunde ankommt, dennoch das heute g e l t e n d e Recht getreulich wiedergibt, oder richtiger: im Bunde mit andern Ursachen es selber geschaffen hat, in gewohnheitsrechtlicher Wandlung des u r s p r ü n g l i c h e n.

1. Die zahlreichen Juristen und Politiker, die in art. 62 den materiellen Gesetzesbegriff suchen, haben sich von der an der Auslegung der vormärzlichen Verfassungen großgewordenen deutschen Staatsrechtswissenschaft [41]), sowie vom materiellen Gesetzesbegriff der Privatrechtsliteratur verwirren und dazu verführen lassen, im art. 62 ein Ebenbild des württembergischen, sächsischen oder hessischen Artikels über die Gesetzgebung zu erblicken. Das lag um so näher, als ja die

[41]) Die denn auch ohne weiteres den preußischen Gesetzesvorbehalt mit den vormärzlichen über einen Leisten geschlagen hat: ZÖPFL § 390 n. 1; ZACHARIÄ II³ 157 ff.; STUBENRAUCH, Gutachten z. 4. D. Juristentag (1863) 202. Ueber GG. MEYER s. unten n. 50.



Verordnung vom 5. April 1848 noch so gemeint war und der französische und belgische Sprachgebrauch den wenigsten im Gesichtskreise lag.

So ist es zu erklären, daß schon in den Kammerverhandlungen des Jahres 1849/50 die Abgeordneten Reichensperger, Stahl und Kisker — dieser mit ausdrücklicher Berufung auf »die Staatsrechtslehrer« — so reden, als ob es eine Selbstverständlichkeit sei, daß die preußische Verfassungsurkunde, gleich den vormärzlichen Verfassungen, vorab alle »Rechtssätze« der Legislative vorbehalte [42]. So erklären sich sodann die seltsamen Widersprüche, in die sich von Rönne verwickelt, so daß sich, wie Rechtgläubige und Ketzer auf die Bibel, beide Parteien auf ihn berufen können. An einer Stelle seines großen Werkes scheint er auf dem hier vertretenen Standpunkte zu stehen. Er gibt sich Mühe, aus den vorkonstitutionellen Normen diejenigen mit »Gesetzeskraft« auszusondern; er sagt, die Verfassungsurkunde enthalte keine speziellen Vorschriften über die materielle Scheidung zwischen den Gebieten des Gesetzes und der Verordnung [43]. An anderen Stellen aber legt er in den art. 62 ganz unbefangen den materiellen Gesetzesbegriff hinein, so wie er ihn in der deutschen Literatur des Staatsrechts gelernt hat [44].

Den entscheidenden, sozusagen bewußten, Fehltritt aber hat v. Stockmar getan in seinen oft angerufenen »Studien zum preußischen Staatsrecht« aus dem Jahre 1867 [45]. Es spreche viel dafür, meint v. Stockmar (S. 201) und es könne sein, daß art. 62 das Wort »Gesetz« in einem formellen Sinne brauchen und nur sagen wolle, »die Normen von einer bestimmten Kraft (Gesetzeskraft) kommen auf einem bestimmten Wege zu Stande«. Dann erhebe sich die Frage: Bestimmungen welchen Inhalts sollen mit Gesetzeskraft erlassen werden?

---

[42]) Anschütz, Theorien, 136 ff. S. aber auch Arndt, Selbst. VOR., 117 f.

[43]) Bd. I, § 116; 4. Aufl. S. 78 n. 3; 5. Aufl. von Zorn, S. 138 ff.

[44]) I² 154 ff., I⁴ 347 ff. Bes. deutlich „die Gemeindeordnung usw. vom 11. III. 1850" (1850) 408 n. 1 (zum Polizeiverwaltungsgesetz). — Das entspringt, sagt Anschütz, Theorien 13, ganz richtig, „den Gedankenkreisen der konstitutionellen Theorie", sc. der deutschen-positiven (s. unten n. 91). — Zorn bei v. Rönne III⁵ (1915) 1 ff. kombiniert die Ansichten Arndt's mit seinem weiteren Rechtssatzbegriff.

[45]) „D. E. A. Chr." in Zeitschr. f. D. Staatsrecht u. D. Verfassungsgeschichte, I, 1867, Studie II, S. 196—219.

Die Verf.Urk. antworte darauf zwar für einzelne Fälle; sie stelle aber keine allgemeine Regel auf und erwähne nicht einmal Privat- und Kriminalrecht. Man sollte erwarten, daß v. St. sich nunmehr wenigstens die Frage vorlegt, ob man mit diesem Ergebnis nicht ganz gut zurecht kommen könne, was ihn — der wenige Seiten vorher, bei Erörternng der süddeutschen Verfassungen, das Kriterium gesucht hat, das die vorkonstitutionellen Erlasse mit Gesetzeskraft von denen ohne Gesetzeskraft unterscheidet — dann leicht zu der Einsicht geführt hätte, man könne es, weil ja Privatrecht und Strafrecht und vieles andere z. Zt. der Erlassung der Verfassungsurkunde längst in die Form solcher Gesetze gegossen war, die fortan nicht ohne Zustimmung der Kammern geändert werden konnten. Statt dessen verläßt unsern scharfsinnigen Autor plötzlich die Besinnung, sein verfassungsfreundliches Herz erfaßt ein bleicher Schrecken vor einer Verfassungsauslegung, wonach dem Landtag nicht einmal »dieses Minimum« (der Teilnahme an der Zivil- und Kriminalgesetzgebung) eingeräumt wäre und er erklärt, diese Auslegung sei »historisch-politisch« nicht annehmbar! »Da es unter Voraussetzung eines formellen Begriffes von »Gesetz« in art. 62 an jeder, den augenscheinlichen politischen Anforderungen genügenden Regel über die Grenzen der Gesetzgebung fehlen würde, so sind wir genötigt, diese Auslegung aufzugeben und zu der ersteren, der Auslegung von Gesetz in einem materiellen Sinne, als Norm von einer gewissen inneren Beschaffenheit, zu greifen.« Also: weil ihm, infolge seines unzulänglichen Nachdenkens und seiner Unkenntnis des französisch-belgischen Rechts, p o l i t i s c h nicht gefällt, was er als unbefangener Forscher gefunden hat, »greift« er zu einer zwar unbegründeten, aber politisch hübscheren »Auslegung«!

Ich meine: das ist ein Musterbeispiel für die damals verbreitete kritiklose Verfälschung staatsrechtlicher Erkenntnisse durch Einmischung politischer Zweckmäßigkeitserwägungen, deren Unzulässigkeit uns inzwischen Laband so lebhaft und erfolgreich zu Gemüt geführt hat. Deshalb wirkt es einigermaßen tragisch, zu sehen, daß gerade Laband dieser Stockmarschen Zweckauslegung des art. 62 zum Opfer gefallen ist; daß gerade er dieser Lehre seine hohe Autorität geliehen hat und



fortwährend weiter leiht [46]). So unvergleichlich fruchtbar es war, daß LABAND den bei PFIZER, ZACHARIÄ, GNEIST und v. STOCKMAR noch nicht schlackenfreien Doppelbegriff des Gesetzes klar und scharf herausgearbeitet hat, so unhaltbar ist diese Auslegung. Sie findet sich in der epochemachenden Abhandlung »über das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preußischen Verfassungsurkunde« vom Jahre 1870 [47]) mit der einfachen Begründung: »Natürlich kann hier (nämlich bei der Ausstattung der Volksvertretung mit Befugnissen) Gesetzgebung nur im materiellen Sinne verstanden werden . . . diesen materiellen Sinn hat daher das Wort auch in dem art. 62 der Preußischen Verfassung.« Ueberdies, meint LABAND, müsse das Wort Gesetz im zweiten Absatz den materiellen Sinn haben, da ja sonst die beiden Absätze genau dasselbe sagen würden, was unmöglich angenommen werden könne.

Damit war der unglückselige Tautologiebeweis in die Welt gesetzt, der nicht nur den Meister selbst, sondern auch sonst die gewichtigsten Autoritäten geblendet hat. ANSCHÜTZ [48]) erklärt ihn gar für eine schon hundertmal wiederholte Wahrheit, die er nur ungern zum 101. Male repetiere. Und doch ist er ein Sophisma, das zerplatzt, wenn man ihm ernstlich zu Leibe rückt. Es hat freilich 34 Jahre gedauert, bis das überzeugend geschehen ist. Denn ARNDTS Behauptung, der Absatz 2 habe die Aufgabe, dem Vorschlag eines bloß suspensiven Vetos entgegenzutreten, war offensichtlich falsch. Der Absatz findet sich schon im Regierungsentwurf und sogar in eben dem Kommissionsentwurf, der das suspensive Veto (durch einen dritten Absatz) einführen will.

Das richtige Verständnis dafür, warum der art. 62 nach der im ersten Absatz gegebenen Feststellung der Faktoren der formellen Gesetzgebung im zweiten Absatz betont, daß zu jedem Gesetz die Uebereinstimmung aller drei Faktoren erforderlich sei, hat uns erst RUDOLF SMEND erschlossen [49]): Nachdem noch der Vereinigte Landtag sich mit einem bloß

---

[46]) Letzteres in seinem Staatsrecht des D. Reiches II, 4. Aufl., 82, 5. Aufl., 89 ff.

[47]) Z. f. Gesetzgebg. u. Rechtspfl. in Pr. IV. 625 ff.

[48]) Theorien 29. — HUBRICH, Annalen 1904, S. 847 f.

[49]) S. 31 n. 2. — S. aber schon H. ROSIN, Polizeiverordnungsrecht², 33 n. 2. — REHM, Verw.Arch. XIV. 354.



beratenden Votum hatte begnügen müssen, lag es nahe, im Verfassungsentwurf, ebenso wie in der 6 Wochen zuvor verkündigten VO. v. 6. April 1848, ausdrücklich hervorzuheben, daß die Volksvertretung fortan bei allen Gesetzen das Zustimmungsrecht habe. Das ist keine Tautologie. Vielmehr »stabiliert« der zweite Absatz den monarchischen Konstitutionalismus als die Mitte zwischen dem Scheinwerk beratender Landstände und der Parlamentsherrschaft.

Indessen hat die von Labands Ansehen getragene Deutung eine Art Siegeszug angetreten. Wenn Gg. Meyer behauptet: »In den Bestimmungen der Verfassungen, welche vorschreiben, daß zu jedem Gesetz die Zustimmung des Landtags erforderlich ist, wird das Wort Gesetz im materiellen Sinne gebraucht«, so ist das nur eine Stimme aus dem Chore klangvoller Namen, die Anschütz zusammengestellt hat[50]. Sogar Gg. Jellinek, der doch so einleuchtend zeigt, daß die preußische Verfassung den scharf ausgeprägten formellen Gesetzesbegriff zugrunde legt, hat in einer späteren Stelle desselben Werkes dieser Lehre gehuldigt[51]. Und schließlich hat Anschütz alles, was für sie spricht, wie in einem Brennpunkt gesammelt in seiner, der Widerlegung Arndts gewidmeten, eindrucksvollen Abhandlung über die gegenwärtigen Theorien vom königlichen Verordnungsrecht. Nur daß diese Kampfschrift eben bei allem Licht, das sie verbreitet, lediglich die Gebiete zu erobern trachtet, die der Gegner streitig macht — »und rings umher liegt schöne fette Weide«.

In der positiven Begründung seiner Ansicht hat sich Anschütz im wesentlichen einfach an Laband angeschlossen[52]. Da nun von diesem Standpunkt aus auch die vorkonstitutionellen Normen je nach ihrem Inhalt als Gesetze oder als Verordnungen erscheinen und da sein Gegner Arndt die Möglichkeit alter Normen mit formeller Gesetzeskraft verneint, gleitet Anschütz achtlos an der Frage vorbei, ob denn nicht durch einen Bestand vorhandener Gesetze

---

[50]) Gg. Meyer, Lehrb., in allen Auflagen (6. S. 560). — Anschütz, Theorien, 21 ff.

[51]) Ges. u. VO. 373 n. 12; um so sonderbarer, als er S. 116 in den §§ 86 u. 90 der württ. Verf.Urk. den formellen Begriff zu finden glaubt.

[52]) S. 13 ff., 34, 38 ff., 171 ff.

— Allg. Landrecht usw. — das ganze Rätsel des Umfangs des Vorbehalts befriedigend gelöst werden könnte.

Ausführlicher als LABAND zeigt ANSCHÜTZ, daß das preußische Grundgesetz den formellen und den materiellen Gesetzesbegriff promiscue gebraucht, daß also von dieser Seite her kein Zwang vorliegt, irgend einen Artikel oder Absatz gerade im formellen Sinne auszulegen; was aber natürlich auch beweist, daß man von hier aus ebensowenig zur Auslegung in materiellem Sinne genötigt ist, umsoweniger, als der materielle Begriff nur selten vorkommt.

Aehnlich steht es mit zwei andern Argumenten, die ANSCHÜTZ (S. 172 f.) ins Treffen führt: sie mögen geeignet sein, seine Meinung zu bekräftigen, nicht aber sie zu begründen. Es genüge also zu betonen, daß man die artt. 48, Satz 2 und 50 Abs. 1 zwar dahin auslegen kann, als wollten sie lediglich den Grundsatz: kein neuer Rechtssatz ohne Zustimmang der Kammern, wiederholen und sicherstellen gegenüber etwaigen Versuchen, über den Weg des Abschlusses von Staatsverträgen oder der Verleihung von Auszeichnungen, mit denen Vorrechte verknüpft sind, die Zustimmung der Kammern zu Rechtssätzen zu umgehen, — daß man aber ganz gewiß nicht so auslegen muß; ja daß diese Auslegung eine recht gezwungene ist.

Ein anderes Nebenargument glaubt HUBRICH daraus schöpfen zu können [53]), daß art. 109 »Gesetzbücher, einzelne Gesetze und Verordnungen« aufrechterhalte, bis sie »durch ein Gesetz« abgeändert werden: da müsse doch das Wort »Gesetz« in der Schlußwendung alle Arten der Rechtssetzung bezeichnen, denn zur Aenderung der Verordnungen bedürfe es keines Gesetzes im formellen Sinn. Indes beweist das nichts für den art. 62 und außerdem lehrt die Entstehungsgeschichte, daß es in art. 109 eigentlich am Schluß hätte heißen sollen: »im gesetzlichen Wege«. Ueber dem wichtigern Streit über die Permanenz der Steuern ist diese Verbesserung dann versehentlich unter den Tisch gefallen [54]). Artikel 109 zeigt viel eher eine Unterscheidung von Gesetz und Verordnung der Form nach,

Also: Weder v. STOCKMAR noch LABAND, ANSCHÜTZ oder

[53]) Verw.Arch. 16 S. 513 ff. — Auch REHM, ebda. 14, S. 352.

[54]) Vgl. ARNDT, Komm. n. 1 u. 2 zu art. 109; BORNHAK I² 536 n. 6.



Hubrich beweisen, daß der materielle Begriff im art. 62 gefunden werden müsse. So ist die Bahn wieder frei für die sozusagen natürliche Annahme, daß er nicht drin stehe, und das ist denn auch der Ausgangspunkt aller andern Lehren vom preußischen Vorbehalt.

2. Eine zweite Lehre wird ausschließlich von Arndt vertreten. Sie rechnet mit dem formellen Gesetzesbegriff im art. 62 — überhaupt in der ganzen Verfassungsurkunde — und läßt das selbständige königliche Verordnungsrecht nur durch die zahlreichen Sondervorbehalte beschränkt sein (»Enumerationstheorie«).

Ich will mich nicht aufhalten bei dem Nachweis, daß es den Sondervorbehalten (unter denen die Privatrechtsgesetzgebung fehlt!) an jeder sinnvollen Geschlossenheit gebricht und deshalb notwendig nach einem ergänzenden Prinzip gesucht werden muß; noch mit der Zurückweisung des Versuchs, durch künstlich dehnende Auslegung gewisser Artikel (bes. art. 86) die Lücken der Enumeration zu schließen. Diesen Teil der Arndtschen Lehre hat Anschütz gründlich widerlegt.

Sorgfältiger Prüfung bedarf dagegen Arndts Behauptung, vorkonstitutionelle Gesetze vermöchten an der Vorrangseigenschaft (der Gesetzeskraft in diesem Sinne) überhaupt nicht teil zu haben. Es ist das ein Gegenstand, bei dem sich Arndt in die seltsamsten Widersprüche verwickelt. In drei Zusammenhängen kommt er auf ihn zu sprechen. Das erstemal kommt es ihm darauf an, Labands Behauptung zu widerlegen, im absoluten Staat Preußen habe »Gesetz« bedeutet: Jede gesetzte Rechtsnorm. Er zeigt demgegenüber, daß es auch schon damals eine Art formellen Gesetzesbegriff gegeben habe, dessen Merkmale Erlassung der Anordnung durch das Staatsoberhaupt und Verkündigung in bestimmt vorgeschriebener Weise gewesen seien. Dem habe dann art. 62 lediglich das weitere Erfordernis der Zustimmung der Kammern hinzugefügt [55]). Das zweitemal beschäftigt ihn die Auslegung des art. 86, wonach die Gerichte keiner andern Autorität als der des Gesetzes unterworfen sind [56]). Er folgert daraus ganz richtig, daß Verordnungen der vollziehenden Gewalt, welche

[55]) ReichsVOR. 27—32.
[56]) Ebda 211—215.



den Richter in der freien Auslegung von Gesetzen und Verordnungen hindern, unwirksam und ungültig sind, es sei denn, daß das Gesetz solche Verordnungen ausdrücklich oder stillschweigend zuläßt, und führt als Beispiel einer solchen Normensetzung, in deren Auslegung sich der Richter nicht durch Verordnungen beirren lassen dürfe, das Allgemeine Landrecht an. Damit gibt er zu, daß — natürlich — auch vorkonstitutionelle Normen an der Gesetzeskraft teilhaben können. Es fragt sich nur welche. Aus den ersterwähnten Ausführungen müßte man schließen, ARNDT wolle die Gesetzeskraft den Normen zusprechen, die der König erlassen und in bestimmter Form publiziert hat. So ist es aber nicht. Diesmal hebt ARNDT vielmehr ab auf den Inhalt: weil »das Allgemeine Landrecht, das Handelsgesetzbuch, das Strafgesetzbuch usw.« bestimmt seien »zur unmittelbaren Anwendung durch den Richter«, weil sie »sogenannte Justizgesetze« seien, deshalb seien »Ausführungsverordnungen« zu ihnen ohne gesetzlich erteilte Ermächtigung unstatthaft. Schon hier zeigt sich also ein gewisser Widerspruch, mindestens ein Schwanken zwischen einem formellen und einem materiellen Merkmal der Vorrangseigenschaft vorkonstitutioneller Normen. — Ein drittes Mal kommt ARNDT auf die Sache zurück bei Erörterung des richterlichen Prüfungsrechts der Rechtsgültigkeit von Verordnungen[57]). »Hierbei«, sagt er sehr richtig, »ist die Frage von Wichtigkeit, ob preußische Verordnungen nur dann als gegen ein Gesetz verstoßend zu erachten sind, wenn sie gegen die Verfassung oder gegen ein nach Erlaß derselben ergangenes Gesetz verstoßen« — oder auch, so muß man die Gegenfrage stellen, schon dann, wenn sie gegen ein vorkonstitutionelles Gesetz verstoßen. Und er antwortet klipp und klar und im unversöhnlichen Widerspruch zu den Ausführungen auf S. 30 u. S. 215: Nur im ersteren Falle, nicht im letzteren! Falsch sei die von VIRCHOW und HÄNEL vertretene Ansicht, alle in der Gesetzsammlung publizierten Verordnungen des Königs hätten formelle Gesetzeskraft; falsch auch die von GNEIST, Graf ZUR LIPPE und DERNBURG — übrigens natürlich auch von LABAND, ANSCHÜTZ usw. — vertretene Meinung, die vor der Verfassung ergangenen königlichen Verord-

[57]) Ebda 217—223. — Vgl. Selbst. VOR. 269 ff., Kommentar n. 2 zu art. 109.



nungen hätten Gesetzeskraft, wenn sie nach ihrem Inhalte zum Gebiete der Gesetzgebung (sc. der »Rechtsätze«) gehörten; falsch auch die Ansicht GNEISTS, Gesetzeskraft hätten alle königlichen Verordnungen, wenn sie sowohl Rechtssätze enthielten, als auch in der Gesetzsammlung publiziert wären. Richtig sei nur seine Lehre, daß der König alle vorkonstitutionellen Gesetze im Wege der selbständigen königlichen Verordnung abändern oder aufheben könne[58]), sofern nicht einer der zahlreichen Sondervorbehalte der Verfassungsurkunde (darunter ja allerdings — nach ARNDTscher Willkürauslegung — der art. 86) entgegenstehe!

Eine so außergewöhnliche und einzig dastehende Lehre muß man sorgfältig begründen. Tatsächlich aber sind die Gründe, die ARNDT vorbringt, äußerst fadenscheinig. Gegen die Ansicht VIRCHOWS und HÄNELS führt er die richtige Tatsache ins Feld, daß die Regierung zahlreiche publizierte Verordnungen einseitig abgeändert hat. Aber daraus folgt offenbar nur, daß die Regierung diese Theorie abgelehnt hat, nicht daß diese Theorie falsch ist. Und gegenüber der heute vorherrschenden Meinung, es komme auf den Inhalt an, weiß er wiederum nur die Tatsache einseitiger Aenderung gewisser alter Verordnungen anzuführen, von denen einige (lange nicht alle, die er dafür ansieht) vielleicht »Rechtssätze« enthalten haben mögen[59]). Das beweist aber natürlich wieder nur, daß die Regierung in diesen Fällen den schwierigen Begriff des materiellen Gesetzes anders verstanden hat, als es etwa LABAND getan hätte — oder daß sie aus politischen Gründen zu Unrecht ein Verordnungsrecht usurpiert hat.

Mit solchen Beweisen ist nichts anzufangen und ARNDT hat auch später keine besseren beigebracht. Er preist seine Methode der Beweisführung als historisch-kritische. Ich glaube, daß in der Tat nur die historisch-kritische Methode zu richtigen staatsrechtlichen Einsichten führt. Aber ARNDT hat diese Methode mißverstanden und kompromittiert. Mit Berufung auf »die konstante Praxis« kann man niemals die Auslegung eines Gesetzes durchführen, sondern immer nur untersuchen, ob nicht das, was der Gesetzgeber angeordnet hat, durch die

[58]) So ausdrücklich S. 66 n. 4. — Ebenso ZOLGER, Oesterr. VO.Recht (1898), 72 ff., vgl. 93 ff.

[59]) Ebenso verfährt ZOLGER 101 ff.

realen Kräfte des Staatslebens unterdrückt, d. h. juristisch gesprochen, durch derogierendes Gewohnheitsrecht sofort oder später wieder beseitigt worden ist. Und man darf das nicht leichthin annehmen und kann nicht jede Usurpation alsbald als Zeugnis des geltenden Rechts anpreisen.

Es ergibt sich, daß der Annahme, die Verfassungsurkunde rechne mit dem Vorhandensein vorkonstitutioneller Gesetze mit Vorrangskraft, keine begründeten Bedenken entgegenstehen oder doch jedenfalls die von ARNDT vorgebrachten nicht stichhaltig sind. Und auch von anderer Seite sind, soviel ich sehe, keine stichhaltigen Bedenken vorgebracht worden, wie denn überhaupt das ganze Problem in der neueren Literatur kaum Beachtung gefunden hat. Das kommt daher, daß die meisten Autoren (nämlich die unter 1. erwähnten und die unter 3. aufzuführenden) mit dem materiellen Vorbehalt rechnen und danach die vorkonstitutionellen Gesetze einfach nach dem Inhalt in rechtssatzmäßige und andere Bestandteile zerlegen.

3. Eine Gruppe bedeutender Autoren lehrt: Wenn es auch in der Tat nicht im art. 62 stehe, so sei doch stillschweigend, sozusagen als selbstverständlich, von der Verfassungsurkunde unterstellt, daß in einem rechtschaffenen Verfassungsstaat gewisse Dinge, über die sich die öffentliche Meinung leidlich einig gewesen sei, zum Vorbehalt der Legislative gehören; jedenfalls nämlich die Erlassung neuer »Rechtssätze«. Nach dieser Ansicht wird also der Vorbehalt umschrieben: Erstens durch die Vorrangseigenschaft der neuen formellen Gesetze; zweitens durch die Enumerationen der Verfassungsurkunde, unter denen aber »vollendete Prinziplosigkeit« herrsche und nicht einmal die Privatrechtsgesetzgebung zu finden sei; drittens durch ein »allgemeines Prinzip«, dessen Geltung der art. 62, indem er von gesetzgebender Gewalt rede, stillschweigend voraussetze und das man dahin formulieren könne, daß Erlassung neuer Rechtssätze, oder noch besser »Eingriffe in Freiheit und Eigentum« zum Vorbehalt gehörten.

Diese Lehre trägt in der Hauptsache BORNHAK vor, wenn er auch der Meinung ist, die Frage, was zur Gesetzgebung gehöre, sei eigentlich durch eine positivrechtliche Bestimmung, nämlich den § 7 der Einl. zum Allg. L. R., schon geregelt gewesen, was aber in Wissenschaft und Leben nicht



beachtet worden sei [60]). Ferner steht Otto Mayer auf diesem Boden, insofern er lehrt, daß solche Verfassungen, in denen ein allgemeiner materieller Vorbehalt fehlt — er nennt die Reichsverfassung, denkt aber wohl auch an die preußische — zu ergänzen seien »durch bestimmte Anschauungen von dem, was »nach allgemeinem konstitutionellem Staatsrecht« zu dem so umhegten Rechtskreis gehören soll« [61]). Am reinsten und deutlichsten wird diese Theorie von Smend vertreten, in etwas anderer Färbung auch von Rehm [62]).

Das Ergebnis ist das gleiche, wie das der erstbeschriebenen Lehre: Es gibt keine selbständigen königlichen Rechtsverordnungen.

Wenn man es als Kern dieser Ansicht betrachten will, daß sie sagt: der materielle Vorbehalt aller »Rechtssätze« steht zwar nicht in der Verfassungsurkunde selbst, aber er ist dennoch ein aus der deutschen konstitutionellen Staatsrechtslehre rezipierter Satz des geltenden preußischen Staatsrechtes, so stimme ich vollkommen zu!

Unhaltbar aber scheint es mir, das in sich geschlossene Werk der Verfassungsurkunde von vornherein einer solchen Ergänzung für bedürftig zu erklären und zwischen den Zeilen als »Absicht des Gesetzgebers« herauszulesen, was m. E. eher gegen die Absicht des Gesetzgebers von Theorie und Praxis in die Verfassungsurkunde hineingelesen worden ist. Methodisch ist es ja natürlich erlaubt, von einem Gesetzestexte anzunehmen, die eigentliche Hauptsache sei gar nicht darin ausgesprochen und müsse subintelligiert werden, und der Jurist kann das Rezeptchen: »im Auslegen seid frisch und munter, legt Ihr's nicht aus, so legt Ihr's unter!« nicht völlig aus seinem Kochbuche streichen. Aber man darf zu ihm nur greifen sozusagen in der Verzweiflung (wenigstens wo es einem mehr auf Einsicht ankommt, als auf Lebensgestaltung). Und wenn es mir gelingt, zu zeigen, daß zu dieser Verzweiflung gar kein Anlaß vorliegt und das im ursprünglichen Sinn des Grundgesetzes richtig ausgelegte Prinzip des

---

60) Pr. Staatsr. I² 513, 517, 532. — Dagegen Hubrich, Verw.Arch. XVI, 516 f.

61) I² 72, auch schon I¹ 74 ff.

62) Smend 31 ff., 39; Rehm, Verw.Arch. XIV, 350 ff.



Vorrangs der »Gesetze« die Lücken der Enumeration zu schließen vermag, dann werden vielleicht die genannten Autoren bereit sein, mit mir anzunehmen, daß die von ihnen so klar erkannte Rezeption eines materiellen »allgemeinen Prinzips« nicht dem Verfassungstexte unterliegt, sondern alsbald über ihn gelegt worden ist.

4. Damit gelange ich denn nun zu der vierten und letzten Art, der Schwierigkeiten Herr zu werden — zugleich der in der Wissenschaft ältesten, darum aber nicht schlechtesten.

Diese Lehre geht ebenfalls davon aus, daß nicht der art. 62, sondern nur die lückenhaften Einzelvorbehalte unmittelbar Staatswillensakte der Legislative zuweisen, spricht aber dem formellen Vorrangsprinzip die Kraft zu, nicht nur die neuen Gesetze, sondern auch einen großen, irgendwie umschriebenen Bestand an alten Gesetzen, mit dem das Königreich in den Zustand des Verfassungsstaats eingetreten ist, im Bereiche der Legislative festzuhalten. Da nun zu diesen schon vorhandenen, fortan nicht ohne Volksvertretung veränderlichen, Gesetzen unter anderem das Allgemeine Landrecht, in der Rheinprovinz der Code civil, anderwärts die, auch immer irgendwie »gesetzlich« eingeführten, gemeinen Rechte oder Partikular-Privatrechte gehörten, so ist von diesem Standpunkt aus ganz unerheblich, daß im Katalog der Sondervorbehalte die Privatrechtsgesetzgebung fehlt; ebenso wie es unerheblich ist, daß z. B. die Gewerbegesetzgebung fehlt, da sie ja durch das Vorhandensein des Gewerbegesetzes von 1845 der Kgl. Verordnungsgewalt entzogen ist. M. a. W. wir haben es hier mit der einfachen und einleuchtenden französischen Lösung der Frage zu tun, die nun allerdings die große Schwierigkeit in sich birgt, daß ein Kriterium gesucht werden muß, nach dem sich die vorkonstitutionellen »Gesetze« von den vorkonstitutionellen »Verordnungen« unterscheiden.

Es fehlt dieser Meinung nicht an stattlichen Eidhelfern!

Lorenz von Stein und Rudolf von Gneist war es eine ausgemachte Sache, daß der art. 62 keine gegenständliche Grenze zwischen Gesetz und Verordnung ziehe, und letzterer betont mit aller Klarheit, daß »das Wesentliche« dieser Grenzziehung der Grundsatz sei, daß Gesetze nur durch Gesetze abänderlich sind und demnach zu untersuchen ist, welche vorkonstitutionellen Anordnungen des Königs in diesem

Sinne Gesetzescharakter haben[63]). Auf diesem Standpunkte standen auch, wie sich zeigen wird, bedeutende Führer der Fortschrittspartei und nicht minder Fürst BISMARCK[64]). Dieser hält es für das »Hauptprinzip« der preußischen Verfassung, daß jeder der drei Faktoren der Gesetzgebung »durch sein Votum willkürliche Aenderungen des gesetzlichen status quo hindern kann« und erblickt darin »eine gerechte Verteilung der gesetzgebenden Gewalt« — Sätze, die nur einen Sinn haben, wenn einerseits ein materielles »Hauptprinzip« fehlt, anderseits am Tage der Verfassungsgebung ein status quo von »Gesetzen« schon vorhanden ist.

Auch für das österreichische Recht wird diese Ansicht vertreten, besonders von ULBRICH und in einem Urteil des Verwaltungsgerichtshofes aus den 90er Jahren[65]).

Von neueren Autoren nähert sich, so viel ich sehe, einzig OTTO MAYER[66]) dieser Auffassung und es wird noch davon zu reden sein, in welcher Weise er das Problem der Unterscheidung zwischen vorkonstitutionellen Normen mit und ohne Gesetzeskraft behandelt.

Diese Lehre scheint mir den ursprünglichen Sinn der preußischen Verfassungsurkunde zu treffen!

Zu ihrer Begründung brauche ich nach allem Bisherigen nichts mehr zu sagen. Sie trägt eine natürliche Ueberzeugungskraft in sich, der man nur dann zu mißtrauen brauchte, wenn ihr schwerwiegende praktische oder exegetische Gründe gegenüber ständen. Das ist (s. Z. 1—3) nicht der Fall.

Darauf allein wird der Leser, den diese, des Reizes unmittelbarer praktischer Verwertbarkeit entbehrende, Untersuchung überhaupt gefangen nimmt, jetzt gespannt sein, in was denn das Merkmal der Vorrangseigenschaft vorkonstitutioneller Erlasse zu setzen sei.

---

[63]) L. v. STEIN, Die Lehre von der vollziehenden Gewalt (1865), 75 f. — R. GNEIST, Verwaltung, Justiz, Rechtsweg (1869), 75.

[64]) Ged. u. Ergn. II, 68.

[65]) ULBRICH, Staatsr. d. österr.-ungar. Monarchie (1884), 88; d. österr. Staatsr. (1909), 238. — Das Urteil bei ZOLGER (oben n. 58) 75, 76 n. 1. ZOLGER selbst meint, darüber, ob eine Anordnung auf den Weg des Gesetzes gehöre, könne nur das geltende Staatsrecht entscheiden. Gewiß! Die Frage ist ja nur, wie dieses die alten Gesetze behandelt.

[66]) I¹ 121; I² 83 f. u. 74 n. 17 („Uebernahme von „Gesetzen" aus der Zeit vor der Verfassung"). —



Die Verfassungsurkunde selbst gibt uns kein Zeichen, wie sich ihre Urheber die Sache wohl gedacht haben mögen. Sie rechnet, gleich ihren westländischen Vorbildern, damit, daß dieses Merkmal in der alten Ordnung der Dinge gegeben sei. Infolgedessen sind verschiedene Ansichten über den Gegenstand hervorgetreten, die nunmehr gegeneinander abzuwägen sind. Dabei ist Vorsicht geboten, damit nicht Verwirrung zwischen den auf unser und den auf ein verwandtes Problem gemünzten Aeußerungen entstehe. Dieses verwandte Problem hat nur eine entferntere verfassungsrechtliche Bedeutung. Bekanntlich kann einer jeden Norm gegenüber, auch einer solchen, die in einem modernen konstitutionellen Staats- oder Reichsgesetze steht, der Zweifel auftauchen, ob man es hier mit einer allgemeinverpflichtenden Abschichtung von Rechten und Pflichten zu tun hat, oder ob die Anordnung nur gemeint ist: »instruktionell«, so daß sie gewisse Behörden verpflichtet, für den Rechtsstand der unabhängigen Untertanen aber außer Betracht zu bleiben hat (weshalb man ihr dann bekanntlich übereinkömmlich den Namen »Rechtssatz« verweigert); oder individuell, so daß sie ihre Kraft an einem bestimmten Individuum oder einem bestimmten Vorkommnis längst erschöpft hat; oder zeitlich beschränkt, so daß man sie nachher nicht mehr anwenden darf. So entsteht die Frage: hat diese Norm überhaupt, oder hat sie jetzt und hier, allgemeinverbindliche oder Rechtssatz- oder Gesetzeskraft oder wie man das nennen will? Steht nun die Norm in einem konstitutionellen Gesetze, so spricht die Vermutung für diese Kraft. Wie aber, wenn sie in einem vorkonstitutionellen Erlasse steht? Dann muß man offenbar untersuchen, wie es Monarch und Behörden damals zu machen hatten oder zu machen pflegten, wenn sie einen »Rechtssatz« erzeugen wollten. Und man kommt zu dem Ergebnis: sie hatten ihn, wenigstens für die Regel, zu verkündigen. Jedenfalls war in Preußen seit dem Allgemeinen Landrecht Verkündigung in ganz bestimmter Weise für gewisse Normen Vorschrift, für andere, insoweit sie besonders wichtig und als feste und dauernde Regeln gemeint waren, gute Gewohnheit.

Man mag immer noch mit besonderen Gründen darzutun suchen, daß eine nichtverkündete Kabinettsorder aus der vorlandrechtlichen Zeit gleichwohl allgemeines, objektives, heute



noch geltendes Recht erzeugt habe[67]); oder daß eine gewisse Norm in einem ordnungsgemäß publizierten königlichen oder auf zureichender Ermächtigung beruhenden behördlichen Erlasse gleichwohl nicht als »Rechtssatz« gemeint sei[68]; aber im Zweifel gibt die Publikation den Ausschlag. Das ist ein alteingebürgerter Grundsatz. Mit besonderer Klarheit hat ihn OTTO MAYER beleuchtet[69]). »Dieses Merkmal«, sagt er in der 1. Auflage, »ist nun allerdings ein recht äußerliches, man möchte sagen, willkürlich gewähltes. Ob Veröffentlichung stattfand oder nicht, ist für die auf die Verwaltung bezüglichen Anordnungen ja wesentlich nur Zweckmäßigkeitsfrage gewesen. ... Nichtsdestoweniger hat man wohl daran getan, an jenen formellen Ausscheidungsmaßstab sich zu halten. Nur so bekommen wir eine sichere Grenze gegen den ganzen Schwall von alten Dienstvorschriften, welche in unser Gesetzesmaterial hineinströmen wollten. Die Veröffentlichung gibt der Anordnung immerhin eine gewisse Richtung auf die Untertanen im Sinne des Gesetzes.«

Man sieht: Das hat mit unserem verfassungsrechtlichen Problem zunächst nichts zu tun. Indes spinnt O. MAYER wertvolle Fäden zu ihm hinüber. Einmal indem er zum Beleg eine Stelle von GNEIST anführt, in welcher den publizierten königlichen Erlassen der alten Zeit nicht sowohl die eben besprochene inhaltliche Rechtssatz- oder Gesetzeskraft zugesprochen wird, als vielmehr die formelle Vorrangseigenschaft, die künftige Unabänderlichkeit für die Krone. Sodann durch den auch in der 2. Auflage wiederholten Satz, daß diese alten »Gesetze« die ganze vollziehende Gewalt, »den Fürsten inbegriffen«, binden[70]); endlich durch zwei Anmerkungen in der

---

[67]) Vgl. O. MAYER I¹ 121 n. 4; ANSCHÜTZ, Verw.Arch. VI, 593 f.; HUBRICH, Verw.Arch. XVI 440; ARNDT, Selbst. VOR. 40 f.; BORNHAK I² 511 n. 13 (RG. in Ziv.S. 28, 303). — OVG. 50, 238; 54, 280. — RG. i. Str.S. 2, 103.

[68]) Weshalb die Gerichte, nachdem sie die Publikation nachgewiesen haben, auch noch den Inhalt prüfen, vgl. RG. in Ziv.S. 13, 215.

[69]) I¹ 119 ff.; I² 83 f. — FLEINER, Institutionen³ 124.

[70]) Eine Eigenschaft, die hervorragende Kenner des preußischen Staatsrechts schon den formellen Gesetzen des absoluten Staates glauben beilegen zu können. So billigt E. LÖNING, Gerichte u. Verwaltungsbehörden in Brandenburg-Preußen, S. 163 n. 1, die Ansicht TREITSCHKES (D. Gesch. III, 389), daß der König sich von der Verpflichtung, gewisse Gesetze im Staatsrat vorbereiten zu lassen, die er sich durch eine „als Gesetz publizierte" Verordnung v. 20. III. 1817 auferlegt hatte, eigentlich nur in der durch

2. Auflage, von denen die eine (S. 74 n. 17) darauf hinweist, man könne die Tragweite der preußischen Grundrechte nur verstehen, wenn man »die Uebernahme von »Gesetzen« aus der Zeit vor der Verfassung richtig gewürdigt« habe, die andere (S. 327 n. 33) es ablehnt, eine nicht publizierte Instruktion (obwohl sie durch Verweisungen zu einem Bestandteil allgemeinverbindlichen Rechts geworden ist), als »Gesetz« im Sinne des art. 36 der Verfassungsurkunde gelten zu lassen. Dies richtet sich gegen eine sehr in die Tiefe dringende Schrift von WALTER JELLINEK, in welcher dem Satze: publizierte alte Erlasse sind Gesetze, gleichfalls eine verfassungsrechtliche Spitze gegeben wird[71]. O. MAYER hat da mit feinem Gefühl den richtigen Weg gewiesen und zeugt für die bedeutsamste von den drei Theorien, die man über die Aussonderung vorrangskräftiger Altgesetze aufstellen kann und der ich mich deshalb zuerst zuwende.

α) Die Auffassung, daß mit Erlassung der Verfassungsurkunde die in der Gesetzsammlung verkündigten Verordnungen des Königs in Vorrangskraft erwachsen seien und den Grundstock des Vorbehalts der Legislative ausmachen, ist in den ersten Jahrzehnten des Verfassungslebens von verschiedenen Seiten mit Energie betont worden und ich bin überzeugt, daß sich dafür noch mehr Belege auffinden lassen, als mir bisher bekannt worden sind.

Im Jahre 1857 hat ein Regierungskommissarius der Budgetkommission des Herrenhauses auseinandergesetzt, die Erhöhung des Ruhegehaltsmaximums habe nicht »im Wege der Gesetzgebung« erfolgen müssen, »da die früheren Bestimmungen über diesen Gegenstand nicht durch die Gesetzsammlung publiziert, mithin reglementarischen Charakters seien«. Und gleicher Ansicht war der Berichterstatter des Abgeordneten-

---

diese Verordnung vorgeschriebenen Form wieder hätte befreien können, nicht einfach durch eine Mitteilung an den Präsidenten des Staatsrates. S. dagegen das von HUBRICH in den Annalen mitgeteilte Staatsratsgutachten (unten n. 90), das jede Bindbarkeit des Königs leugnet. Ferner RG. in Ziv.S. 13, 215. — Die Meinung, nur die von der alten „Gesetzeskommission" oder nur die vom Staatsrat beratenen Gesetze hätten formelle Gesetzeskraft, wird, soviel ich sehe, von niemand vertreten. Sie wäre auch unhaltbar.

[71]) W. JELLINEK, Zabern, Ueber das Verhaftungsrecht des Militärs, 1914, S. 11.



hauses »denn«, sagt er, die früheren Ordnungen »standen nicht in der Gesetzsammlung«[72]).

In der Folge, als die Neuordnung des Heereswesens in Gang kam, hat man dann auf der Regierungsseite eingesehen, daß das reine Publikationsmerkmal die Verordnungsgewalt der Krone am empfindlichsten Punkte zu beschränken geeignet ist und hat anderen Merkmalen Anerkennung zu verschaffen gewußt (s. unten). Um so energischer haben bei Gelegenheit Fortschrittsmänner und Konservative darauf gepocht, daß alle die unzähligen Gegenstände, die vor der Verfassung in publizierten königlichen Gesetzen, Verordnungen, Patenten, Kabinettsorders, oder wie die Benennungen sein mochten, geregelt waren, durch diese Verkündigung dem Bereiche der formellen Gesetzgebung gewonnen seien. Der Linken war diese Abschichtung willkommen, weil sie, wie die Dinge lagen, dem Parlament einen ungemein großen Vorbehalt gesichert hätte — waren doch eine Fülle von Verordnungen, die wir heute als organisatorische und als Verwaltungsverordnungen bezeichnen, unter den publizierten. Die Konservativen aber hatten — allerdings nur in gewissen Fällen und unter gewissen politischen Konstellationen, weshalb ihre Haltung schwankend ist — ein Interesse daran, Einrichtungen des absolutistischen und aristokratischen vormärzlichen Preußens gegenüber reformfreudigen Ministerien hinter den schützenden Wall des Herrenhauses zu flüchten.

Die wissenschaftliche Autorität, auf die man sich dabei berufen konnte, war GNEIST. In seinem großen Bericht vom 7. I. 1864 über den Entwurf eines Gesetzes betr. die Verpflichtung zum Kriegsdienst[73]) führt er aus: »Die Kommission hält es . . . für ihre Hauptaufgabe, klarzustellen, welche Teile der preußischen Heeresverwaltung durch publizierte Landesgesetze festgestellt sind, welches also die . . . »gesetzliche Heeresverfassung« ist.« Die Exekutive finde »ihre Grenzen in den bestehenden publizierten Gesetzen des Landes.« Es finden sich allerdings schon in diesem Bericht Spuren einer Verquickung

[72]) Verhdlgen. des Herrenhauses 1857, Bd. II, Anlage Nr. 27, S. 149; Verhdlgen. des Abg.Hauses 1857, Bd. I, S. 251.

[73]) Verhdlgen. des Abg.Hauses 1863/64, Bd. IV. (Anlagen), Nr. 99, S. 694 u. 702. — Vgl. auch Sitzungsbericht Bd. II, S. 905 (STAVENHAGEN), S. 920 ff. (GNEIST). Vgl. GNEIST, Gesetz u. Budget, 1879, S. 226 u. ff.



dieses formellen Merkmals mit einem materiellen, das er später immer stärker betont hat und auf das ich nachher zurückkomme. In dem 1869 erschienenen Buche »Verwaltung, Justiz, Rechtsweg« sind diese Modifikationen aber noch unerheblich und verschwinden hinter den entschiedenen Sätzen: »Welche der älteren königlichen Erlasse sollen aber als Gesetze gelten? Die zu allen Zeiten schwankenden Bezeichnungen entscheiden darüber nicht; in Preußen dagegen ist nach Maßgabe früherer Gesetze entscheidend das formelle Merkmal der Publikation durch die Gesetzsammlung etc.«[74]).

Im Jahre 1865 hat GNEIST dem Kriegsminister v. Roon gegenüber geltend gemacht: Es handle sich um die Achtung vor den publizierten Gesetzen desselben Königs, der Kriegsminister aber halte publizierte Gesetze für einseitig abänderbar; obwohl v. Roon vorher betont hatte: »Neben den publizierten Gesetzen habe ich ein königliches Verordnungsrecht behauptet«[75]). Auch in zwei andern Fällen hat sich die Mehrheit — vergebens — auf die Vorrangskraft publizierter Verordnungen berufen[76]).

Im übrigen haben Fortschrittspartei und Regierung den großen Konflikt bekanntlich ganz auf das etatrechtliche Gebiet hinübergespielt. Dagegen ist das Kriterium des Gesetzes im Jahre 1872 wieder behandelt worden, als in Frage stand, ob die Regierung den durch publizierte Kabinettsorder geschaffenen Zustand, wonach die Tierarzneischulen vom Kultusminister ressortierten, durch Verordnung ändern durfte[77]). Damals sagte VIRCHOW: »Das bisherige Verhältnis ist durch art. 109 geschützt, denn es ist festgestellt durch eine in der Gesetzsammlung publizierte Kabinettsorder.« Und v. KARDORFF erklärte im gleichen Sinne: »Diese Verordnung rührt

---

[74]) S. 73. Ebenso dann noch einmal im „Rechtsstaat" (2. Aufl. 1879), S. 218. — Vgl. sogar LABAND, Budgetrecht (oben n. 47) 641 über die Kab.-Order v. 17. I. 1820.

[75]) Verhdlgen. des Abg.H. 1865, Bd. II, S. 1209, 1323 ff.

[76]) FR. LÖWENTHAL, Der preußische Verfassungsstreit 1862—1866, 1914, S. 241: Die Bankordnung von 1846 sei in der Gesetzsammlung veröffentlicht worden und habe daher nicht durch bloße Verordnung geändert werden dürfen; S. 244 ebenso bezgl. der veröffentlichten Verordnung von 1836 über die dem Staatsschatze zufließenden Einnahmen.

[77]) Abg.H. 1871/72, Stenogr. Ber. S. 1548 ff.

her aus der Zeit vor der Verfassung. Sie war also ein vollkommenes Gesetz, kann infolgedessen heute nur wieder durch ein Gesetz geändert werden, welches erlassen wird unter Konkurrenz des Landtags. Das scheint mir ganz unzweifelhaft.« Die gleiche Ansicht hat auch Hänel vertreten im Jahre 1878[78]).

Der Nachteil des Publikationsmerkmals ist seine Aeußerlichkeit und Starrheit. Diese Starrheit ist indes einer praktisch wichtigen Erweichung zugänglich. Alle Normen müssen sinngemäß ausgelegt werden. Wenn nun z. B. eine publizierte Kabinettsorder sagt: für den und den Verwaltungsakt ist das Handelsministerium zuständig, so wird in der Regel die Meinung nur sein, es solle das nach der jeweiligen Ministerialorganisation in Betracht kommende Ministerium zuständig sein (nicht z. B. der Oberpräsident). Derartige Sätze hindern dann die Regierung nicht, einseitig ein anderes Ministerium für zuständig zu erklären, etwa weil das Handelsministerium überhaupt beseitigt wird. Anders, wenn die Meinung war: das Handelsministerium und nicht eines der andern: dann bedürfte es zur Abänderung der Mitwirkung des Landtags. Es ist eine Auslegungsfrage, ob eine Zuständigkeit als verordnungsförmig übertragbar oder unübertragbar gemeint ist. Diesen Punkt hat Gneist mit großer Feinheit betont[79]).

Diese Einräumung bedeutet noch keine Preisgabe des rein formellen Publikationsmerkmals, ist aber doch eine Brücke, auf der materielle Merkmale in den Begriff des vorrangskräftigen Altgesetzes eindringen können. Damit gelangen wir

β) zu dem Versuch, das Publikationsmerkmal durch materielle Ausnahmen nach beiden Richtungen hin zu durchbrechen. Es heißt dann: Einige königliche Erlasse entbehren ihres Inhalts wegen der formellen Gesetzeskraft obwohl sie publiziert sind, z. B. Organisationsverordnungen; und: einige Arten von königlichen Normen oder überhaupt von Normen (auch der Behörden, auch des ungeschriebenen Rechts) haben Vorrangskraft obwohl sie nicht publiziert sind.

Natürlich: Auch so könnte es dem dunklen Sinne der

[78]) Abg.H. 1878/79, Stenogr. Ber. S. 156. — In seinen Studien z. D. Staatsrecht, S. 140 ff. lehnt es Hänel dagegen ab, den verfassungsrechtlichen Begriff des formellen Gesetzes in absolute Staaten hineinzuprojizieren.

[79]) Gesetz und Budget (1879) 71 ff., 188, 222 ff.

Verfassung entsprochen haben. Es ist eine Meinung, die sich so wenig beweisen oder widerlegen läßt, wie die erste. Aber sie schließt offenbar die Gefahr willkürlicher Opportunitätsbehauptung in sich. GNEIST ist dieser Gefahr unterlegen, sobald er sich vom formalen Merkmal entfernte. Er hat sich in eigenwilligen geschichtlichen Deduktionen einen Begriff des »Landesrechts« gebildet, das nach tausendjährigem deutschem Rechte auf alle Fälle zum Vorbehalt gehöre, und jedenfalls das ganze Privatrecht und Strafrecht, sowie die Auferlegung von persönlichen Lasten und Steuerlasten umfasse. Zur Abänderung dieses »Landesrechts« und außerdem der Gerichtsverfassung bedürfe es jedenfalls eines formellen Gesetzes; zu Normen des Verwaltungsrechts bedürfe es dagegen eines Gesetzes nur dann, wenn das Gebiet, um das es sich handelt, von der Gesetzgebung schon präokkupiert sei. Das könne allerdings auch schon durch vorkonstitutionelle königliche Anordnungen geschehen sein, die durch Allgemeinheit, Sinn und Publikation sich als »Gesetze« darstellen[80]). Beifall hat GNEIST mit dieser Lehre nur in bescheidenem Maße gefunden. Sie trägt in der Tat den Stempel willkürlicher Erfindung[81]). Wenn man schon einen materiellen Gesetzesbegriff an die preußische Vorbehaltsgestaltung herantragen will, so kann es nur der allgemeine der deutschen Staats- und Privatrechtswissenschaft sein, der auch die »Rechtssätze« des Verwaltungsrechts in sich schließt.

Modifizierungen des Publikationsmerkmals durch materielle Einschränkungen zugunsten der Krone sind auch sonst versucht worden. Nämlich so, daß man zwar das Publikationsmerkmal auf sich beruhen ließ, aber behauptete — etwa mit Berufung auf Präzedenzfälle —, daß der Krone die Befugnis geblieben sei, die in alten Gesetzen enthaltenen Kompetenz- und andere organisatorischen Bestimmungen im Verordnungswege abzuändern[82]). — Alles das sind offenbar nur zaghafte Uebergänge zu

---

[80]) Vgl. insbes. Art. „Verordnungsrecht" im Rechtslexikon III³ (1881), 1063 f.

[81]) ANSCHÜTZ, Theorien 114 ff.

[82]) Vgl. Verhdlgen. des Abg.H. 1878/79, Stenogr. Ber. S. 147 ff. (Freiherr von ZEDLITZ u. NEUKIRCH), S. 161 (MEYER). — Aehnlich der Kultusminister FALCK. Abg.H. 1871/72, Stenogr. Ber. S. 1554, 1559.

γ) der Auffassung, daß allein der Inhalt über die Gesetzesnatur vorkonstitutioneller Erlasse entscheide und danach in ein und demselben Erlasse vorrangskräftige und variable Normen vereinigt sein könnten. Ein erster Versuch ging dahin, alle diejenigen Normen für »gesetzliche« zu erklären, »die als feste Normen gemeint« gewesen seien[83]). Denn aber drängt sich natürlich alsbald die Scheidung in »Rechtssätze« und Nichtrechtssätze in den Vordergrund. Im Bereiche der Politik ist es die Regierung, die an dieser Reservierung des ganzen Gebiets der organisatorischen und Verwaltungsverordnungen — bes. der militärischen — für die Krone ein Interesse hat, und bezeichnenderweise hat von der Regierungsseite m. W. zuerst ein Offizier, der Regierungskommissar Oberstleutnant v. HARTMANN bei den Debatten über die Landwehrordnung mit soldatischem Schneid diese Lehre vorgetragen und einfach der Regierung das Recht vorbehalten wollen, »jederzeit« zu unterscheiden, welche Bestimmungen der alten »Verordnungen und Gesetze« »gesetzliche Bestimmungen und welches reglementarische sind«[84]). Zehn Jahre später hat dann der Regierungskommissar v. WOLFF die oft angeführte Erklärung abgegeben: »Für die Zeit vor dem Erlaß der Verfassungsurkunde ..., wo die Form des Erlasses nicht entscheidend sein kann, weil die gesetzgeberischen Anordnungen häufig mit reglementarischen Bestimmungen vermischt erscheinen[85]), wird der materielle Inhalt des früheren Gesetzes geprüft werden müssen«[86]). Man wird nicht zweifeln dürfen, daß der Regierungskommissar mit der staatsrechtlichen Literatur, mit v. RÖNNE und v. STOCKMAR, vertraut war und mit der Unterscheidung nach dem materiellen Inhalt nichts anderes gemeint hat, als die Unterscheidung in »Rechtssätze« und Nichtrechssätze.

In der Wissenschaft hat BORNHAK[87]) eine gleichartige Lehre vorgetragen, kombiniert mit der oben (3) erwähnten.

---

[83]) So der oben, n. 72, erwähnte Bericht der Budgetkommission des Herrenhauses von 1857.

[84]) Verhdlgen. d. Abg.H. 1859, Stenogr. Ber. I, S. 626 in bezug auf die Landwehrordnung.

[85]) Als ob das in den neuen Gesetzen nicht gerade so wäre! Und als ob es gegen Gott und Natur wäre, wenn das Parlament auch an diesen wichtigen Dingen gelegentlich Anteil hat!

[86]) Vgl. ANSCHÜTZ, Theorien, 156 f.

[87]) I² 519 i. Verbdg. mit 517 u. 89.

Man sieht leicht ein, daß solche Lehren kein selbständiges Leben gewinnen konnten neben der immer allgemeiner aufkommenden Meinung, die Verfassungsurkunde enthalte oder unterstelle überhaupt den allgemeinen materiellen Vorbehalt. Sie mußten in dieser Meinung ertrinken, weil sie sich von ihr nur in Subtilitäten unterscheiden, die zu fein sind, um in Praxis und Lehre nicht alsbald verschliffen zu werden. Es ist immerhin nützlich, diese Unterschiede zu betonen: Nach der, sagen wir kurz ANSCHÜTZschen und SMENDschen, Lehre gibt es überhaupt kein selbständiges »Rechtssatz«verordnungsrecht der Krone. Nach der hier in Frage stehenden Theorie vom Merkmal des vorrangskräftigen Altgesetzes dagegen müßte sich die Krone nur von einer einseitigen Abänderung alter satzungsmäßiger Rechtssätze zurückhalten, nicht aber von der Abänderung gewohnheitsmäßiger Rechtssätze (worüber man übrigens noch einmal Untermeinungen bilden könnte) und jedenfalls nicht von der Schaffung neuartigen Rechtsguts (z. B. Schaffung eines Telegraphenmonopols, eines Funkspruchmonopols beim Neuauftauchen der Erfindung; Gewährung von Klagerechten vor neuen Verwaltungsgerichten), das keine Aenderung vorkonstitutioneller Satzungen in sich schließt. —

Betrachtet man diese möglichen Lehren vom Vorrangsmerkmal der Altgesetze kritisch, so ergibt sich, daß sie samt und sonders ihre Mängel haben. Im besonderen ist die erste Lehre etwas grob und äußerlich, ist die zweite willkürlich und ist die dritte zu fein, um nicht mit der Theorie vom subintelligierten materiellen Vorbehalt zusammenzuwachsen. Und insgesamt haben sie den Mangel, daß keine zwingend beweisbar ist! So daß schließlich sogar noch für die Möglichkeit Raum bleibt, die Verfassungsurkunde wolle die Sache dem freien Spiel der politischen Kräfte anheimgeben, in dem Zutrauen, daß wichtige Dinge nicht leicht anders als mit dem Landtag geregelt werden könnten[88]).

Es liegt hier eine jener Unstimmigkeiten vor, die sich

[88]) Möglich, daß der Verf. der Motive zur XIII. Verfassungsproposition (oben n. 39) die Grenzziehung wesentlich als Machtfrage aufgefaßt hat, mit dem Hintergedanken, die Krone werde schon stark genug sein, das Parlament zurückzudrängen (vgl. MEINECKE, Radowitz und die deutsche Revolution, 1913, S. 370); was sich ja auch weitgehend bewahrheitet hat.

unausweichlich ergeben mußten aus dem doch etwas verschrobenen Einfall, die Verfassungsurkunde der, aus einem Verfassungsstaat losgerissenen, einen roi fait-néant wählenden, belgischen Bourgeoisrepublik zum Muster des ersten Grundgesetzes der preußischen Monarchie zu machen. Die belgische Verfassung konnte mit einem umfassenden Normenschatz konstitutioneller Gesetze (französischer und holländischer) rechnen und sich der Subtilität, ein Merkmal aufzustellen für die Unterscheidung der wenigen Satzungen, die aus der Zeit des österreichischen Absolutismus übrig waren, um so leichter entschlagen, als ihr König nur delegierte Gewalten besitzt. Aehnlich war es bei Erlassung der französischen Charte. Deshalb fehlen hier Vorbilder für eine Regel, die der preußische Verfassungsgesetzgeber, der seinen Staat unmittelbar aus dem Absolutismus herausführte, und der die königliche Gewalt nur beschränkt, nicht konstituiert, nicht einfach der Jurisprudenz und dem Spiel der Politik hätte überlassen dürfen und die er wohl auch aufgestellt hätte, wenn die Verfassungsformulierung weniger Hals über Kopf hätte erfolgen dürfen.

Wenn in Preußen den Gerichten erlaubt wäre, was ihnen durch art. 106 verboten ist, die Rechtsgültigkeit königlicher Verordnungen zu prüfen, so hätte sich wohl schon in der Frühzeit eine Judikatur über das gesuchte Kriterium entwikkelt; und man wird nicht zweifeln, welche Gestalt diese Judikatur gehabt hätte: Dieselben Gerichte, welche in der Publikation das Indiz der Allgemeinverbindlichkeit alter Erlasse erblickten, hätten hierin auch das zu suchende Merkmal der Vorrangskraft entdeckt — vielleicht mit ein paar willkürlichen materiellen Einschränkungen zugunsten bestimmter Verordnungsgewalten der Krone, wozu der art. 45 Handhaben geboten hätte [89]). Sie hätten das vermutlich um so eher getan, als ja das Publikationsmerkmal, wie die angeführten Aeußerungen im Landtage und die älteren Lehren von Gneist zeigen, in der Luft lag und juristisch durch seinen formalen Charakter befriedigt. Es kommt hinzu, daß kurz vor Beginn der Verfassungskämpfe ein Gesetz vom 3. April

[89]) In Wahrheit deckt natürlich art. 45 nur Verordnungen intra legem und muß aus dem Spiele bleiben, wenn davon gehandelt wird, was denn leges — alte und neue — seien.



1846, betr. die Publikation der Gesetze, in § 1 erklärt hatte: »Landesherrliche Erlasse, welche Gesetzeskraft erhalten sollen, erlangen dieselben nur durch Aufnahme in die Gesetzsammlung, ohne Unterschied, ob sie für die ganze Monarchie, oder für einen Teil derselben bestimmt sind«[90]. Wiewohl diese »Gesetzeskraft« nicht identisch ist mit der formellen Gesetzeskraft verfassungsmäßiger Gesetze, so war doch naheliegend, jetzt, wo man ein Merkmal der Vorrangskraft der Altgesetze suchen mußte, der Publikation auch diese Wirkung beizulegen.

Kurz: Gewißheit läßt sich in diesem Punkte nicht erreichen, aber hohe Wahrscheinlichkeit, daß dem preußischen Grundgesetz in seinem ursprünglichen Sinne der Satz innewohnt: die in der Gesetzsammlung verkündigten königlichen Erlasse der absoluten Zeit haben Vorrangskraft und können fortan nur mit Zustimmung des Landtags abgeändert oder aufgehoben werden. Das selbständige königliche Verordnungsrecht ist ihnen gegenüber ausgeschaltet; wobei jene von GNEIST betonte Eigentümlichkeit der Zuständigkeitsregeln wichtig wird, daß sie häufig nicht grundsätzlich, sondern variabel gemeint sind.

Durch eine solche Vorbehaltsgestaltung waren nicht nur die zahllosen »Rechtssätze« gedeckt, die im Allgemeinen Landrecht und anderen publizierten Altgesetzen standen, was alle v. STOCKMARschen Besorgnisse erledigt, der Landtag könne zu kurz kommen, sondern weit darüber hinaus mancherlei wegen ihrer Wichtigkeit für das Publikum, oder wegen der Festigkeit und Dauerhaftigkeit, die ihnen mitgegeben werden sollte, oder auch mehr zufällig in die Gestalt formgerecht verkündigter königlicher Edikte oder Kabinettsorders gebrachte instruktionelle und organisatorische Anordnungen. Diese Vorbehaltsgestaltung ist also der Volksvertretung günstiger als die der vormärzlichen deutschen Verfassungen[91]) und man sieht, daß der Widerspruch gegen die

[90]) Die lehrreichen Motive dazu teilt HUBRICH aus dem Geh. Staatsarchiv portionenweise mit im Verw.Arch. 1905, S. 471 f.; Annalen d. D. R. 1907, S. 85 f.; Verw.Arch. 1909, S. 82 f.

[91]) Vielleicht liegt hier die Erklärung dafür, daß der mit dem französisch-belgischen Rechte wohlvertraute STAHL die Vorbehaltsgestaltung des „deutsch-konstitutionellen Staatsrechts" (Rechts- u. Staatslehre II², 1845, S. 338) auf das preußische Staatsrecht angewendet hat (oben n. 42).



Eindichtung des Rechtssatzvorbehalts in die preußische Verfassungsurkunde nur dann auf eine Begünstigung der Verordnungsgewalt hinausläuft, wenn man sie verknüpft mit dem Irrtum, der absolute Staat habe keine formellen Gesetze hinterlassen können.

Man wende nicht ein, eine so weitgehende Beschränkung des selbständigen königlichen Verordnungsrechts könne nicht beabsichtigt gewesen sein. Im Jahre 1848/49 hat man noch um ganz anders einschneidende Beschränkungen der Krone gestritten: suspensives Veto, Ministerernennung aus der Parlamentsmehrheit, Verfassungseid der Truppen, Steuer- und Etatverweigerung als politisches Kampfmittel!

Man wende auch nicht ein, ohne ein bewegliches System von Organisations- und Verwaltungsverordnungen könne ein moderner monarchischer Großstaat gar nicht funktionieren. Das englische Staatsrecht ist mit einem noch viel schwerfälligeren Vorbehaltsapparat zurecht gekommen, als ihn das Publikationsmerkmal dem preußischen aufgebürdet hätte. Und die Meinung wäre ja nicht gewesen, daß fortan bei jeder Aenderung der in publizierten Kabinettsorders eingefangenen Verwaltungsvorschriften die beiden Häuser des Landtags tatsächlich mitreden müßten. Diese hätten sich vielmehr hier ebenso wie bei den Polizeiverordnungen bereit gefunden, mit der Regierung Gesetze mit weitreichenden Verordnungs-Delegationen zu vereinbaren [92]. Ueberdies läßt die primitivere Technik der älteren Gesetze der Ausführungsverordnung erheblichen Spielraum.

Offenbar ist es vom Standpunkt eines entschiedenen Liberalismus und Konstitutionalismus — Strömungen, denen ja doch Regierungsentwurf und oktroyierte Verfassung weit entgegenkommen wollten — durchaus folgerichtig gedacht, den ganzen Bestand der durch feierlich verkündigte Allerhöchste Entschließungen praktisch gefestigten öffentlichen Ordnung, einschließlich etwaiger publizierter Organisations- und Verwaltungsverordnungen; kurz, wie Bismarck sagt, den gan-

Das war um so „konservativer", als damals die I. Kammer noch nicht die Zusammensetzung des späteren Herrenhauses hatte. — Vgl. ANSCHÜTZ, Theorien, 143.

[92]) Man teilt in Deutschland die englische „sensitiveness" gegen „mandatary power" nicht (KÖLLREUTTER 101 n. 3).



zen gesetzlichen status quo zunächst und grundsätzlich der einseitigen Aenderung durch die Krone entziehen zu wollen. Politisch tiefer gedacht ist das jedenfalls, als das aus dem Gedankenkreis des ständischen Kleinstaats stammende Bestreben, gerade nur den »Rechtszustand der Untertanen« unter den Schutz des braven Landtags[93]) zu stellen, der dann im übrigen das »Regieren« — die politische Hauptsache! — getrost der »Regierung« überlassen kann. Der »Rechtszustand der Untertanen« war beim preußischen Königtum und Beamtentum ohnehin nicht schlecht aufgehoben; und was hier noch fehlte, dafür sollten die Grundrechte und andere Sondervorbehalte (s. unten) sorgen. Wer weiß nicht, daß in einem Beamtenstaat unter voller Wahrung des bestehenden Rechtszustandes, ohne alle neuen »Rechtssätze«, die tiefsten kulturellen, sozialen, wirtschaftlichen Wirkungen erzielt werden können! Sollte nicht die Auslegung einer Verfassung aus dem Jahr 1848, welche dem Landtag auch im Gebiet des »Reglementarischen« gelegentlich Rechte gibt, die Vermutung für sich haben? Liegt es nicht im Zuge der preußischen Verfassungsentwicklung, daß das Grundgesetz parlamentsfreundlicher gedacht war, als die vormärzlichen Verfassungen, dann aber auch in diesem Punkte in der Folge eine Wandlung erfahren hat? Dafür spricht doch auch, daß in der Frühzeit und noch in den 70er Jahren ein Regierungsvertreter, ein Rechtsgelehrter ersten Ranges, Fortschrittler und Konservative die Verfassungsurkunde so verstanden haben. —

Das ist meine Meinung über den ursprünglichen Sinn der preußischen Verfassung! Anders steht es mit dem geltenden Recht.

Tatsächlich hat die von der Verfassungsurkunde gewollte Vorbehaltsgestaltung sich nicht durchgesetzt! Von einem entfernteren historisch-politischen Standpunkte aus kann man das so auffassen, daß die preußische Monarchie stark genug gewesen ist, irgendwie die Fesseln abzuschütteln, welche dieser, eine Fülle hergebrachten Verordnungsguts umfassende Vorbehalt ihrem Verordnungsrecht angelegt hätte. Tritt man näher hinzu, so zeigt sich, daß es hierzu in kaum nennenswertem Umfange eines Kampfes bedurft hat, weil von vornherein die in der deutschen, in gewissem Grade selbst in der

[93]) Der ursprünglich ja auch kein Etatrecht hatte!



ausländischen, Wissenschaft herrschende Lehre von den Grenzen zwischen Gesetz und Verordnung als mächtiger Bundesgenosse der Regierung aufgetreten ist; daß es sich nicht sowohl um einen politischen Machtkampf, als um eine von allen Seiten geförderte Rezeption des mittelstaatlichen Staatsrechts handelt.

Diese Rezeption erklärt sich nicht daraus, daß die gewollte Ordnung nicht praktikabel gewesen wäre — dem hätten ja, nach einiger Uebergangsschwierigkeit, die Delegationsgesetze abgeholfen, die sich die Regierung vom Landtag ebenso hätte erbitten müssen, wie sie sich alsbald das Straf-Polizeiverordnungsrecht der Behörden, das Belagerungszustandsgesetz, das Gesetz über die persönliche Freiheit verschaffen mußte.

Auch nicht daraus, daß es an einem allgemeinen Vorbehalt aller Rechtssätze fehlt, denn der formelle Vorbehalt läßt da keine großen Lücken, dank der reichen Entfaltung der alten Gesetzgebung, und wird durch Sondervorbehalte ergänzt.

Die Rezeption erklärt sich vielmehr einfach daraus, daß den preußischen Juristen der gemeinrechtlich-deutsche Begriff »Gesetz = Rechtssatz« trotz aller Einsicht in die Existenz eines formellen Gesetzesbegriffs so fest in den Knochen saß und die rein formelle (französisch-belgische) Vorbehaltsgestaltung, die zudem zunächst niemand klar und deutlich entwickelte, so fremd und ungewohnt war, daß sie nichts mit ihr anzufangen wußten. Es kommt hinzu, daß die preußische Verfassung eine ausdrückliche Auskunft über die Bewertung der vorkonstitutionellen Normen verweigert, während die süddeutsche Staatsrechtswissenschaft eine scheinbar klare Auskunft gibt, indem sie auf den Inhalt verweist.

Die einzelnen Daten, aus denen hervorgeht, wie früh die Rezeption des materiellen Vorbehalts beginnt, wie vereinzelt der Widerstand gegen sie war, wie lebhaft sie von der Regierung aufgenommen wurde, wie siegreich sie sich unter der Autorität v. Rönnes und v. Stockmars, Labands, H. Schulzes und Gg. Meyers ausgebreitet hat, brauche ich nicht zu wiederholen.

Arndt hat unter Sammlung eines respektabeln Materials zu zeigen versucht, daß die Staatspraxis dennoch nicht auf dem Standpunkt stehe, alle Rechtssätze (und nur diese) bedürften der Gesetzesform. Aber dieser Nachweis ist ihm miß-



glückt. Die Organisations-, Anstalts-, Tarif- und sonstigen Verordnungen, die er anführt, enthalten keine oder keine unzweifelhaften »Rechtssätze« in dem nun einmal eingebürgerten Sinne, wie das ANSCHÜTZ nachgewiesen hat. Und welchen Standpunkt auch immer die Staatsregierung vor Zeiten eingenommen haben mag — seit Jahrzehnten hat sie sich einerseits der Lehre gefügt, daß »Rechtsverordnungen« nur als Notverordnungen oder im engen und praktisch bei der heutigen Gesetzestechnik bedeutungslosen Rahmen der Ausführungsverordnung oder als delegierte Verordnungen erlassen werden dürften, nicht als »selbständige«; anderseits durchgesetzt, daß alle allgemeinen Anordnungen außerhalb des konventionellen Rechtssatzbegriffes dem Verordnungsbereich zugestanden werden, soweit nicht der Vorrang eines neuen, konstitutionellen Gesetzes entgegensteht. Dabei bleibt natürlich ein zweifelhafter Grenzstreifen zwischen den beiden Gebieten, der aber in dem Maße praktisch immer uninteressanter wird, als die fortschreitende Gesetzgebung immer mehr Normen in die Form des Gesetzes gießt und zugleich immer mehr mögliche Gegenstände selbständiger Verordnungen durch Delegationen untermauert und damit außer Streit stellt.

Auch von den Gerichtshöfen läßt sich, nach ihrer Gesamthaltung diesen Dingen gegenüber, behaupten, daß sie keinen »Rechtssatz« durchlassen, der nicht Gesetzförmigkeit oder Ermächtigung (vorkonstitutionelle, in der Verf.Urk. ausgesprochene, gesetzförmige) als Paß vorweisen könnte — es sei denn, daß er als königliche Verordnung aus dem formellen Grunde des art. 106 ungeprüft bleiben muß[94]).

Mehr kann man nicht verlangen zum Nachweis eines festen Gewohnheitsrechts. Daß ein Irrtum der vorherrschenden Staatsrechtsliteratur der Vater dieses Gewohnheitsrechts war, ist eine ganz gewöhnliche Erscheinung und daß dieses

[94]) Wegen art. 106 brauchen die Gerichte nicht Farbe zu bekennen und bleibt der Streit zwischen HUBRICH und ARNDT (vgl. die Angaben Verw.-Arch. XIII, 441), welcher Theorie vom Vorbehalt die hohen Gerichte zuneigen, ziemlich unfruchtbar. — Ja, wenn einmal die Ermächtigung zu einer behördlichen Rechtsverordnung in einem (vom art. 106 nicht geschützten) neuen königlichen Spezialmandat vorläge! Dann müßte der prüfende Richter Stellung nehmen zwischen ARNDT u. ANSCHÜTZ; und müßte m. E. der VO. die Anwendung versagen. Aber solche Rückfälle in absolutistische Methoden sind nicht zu besorgen.



Gewohnheitsrecht den ursprünglichen Sinn der Verfassungsurkunde umgestaltet, nichts ganz außergewöhnliches. Auch im Gegenzeichnungsrecht hat die preußische, im Etatrecht haben die mittelstaatlichen Verfassungsurkunden gewohnheitsrechtliche Wandlungen erduldet[95]).

So ist der deutsche materielle Gesetzesbegriff Herr geworden über den aus Belgien importierten rein formellen und ist die Einheitlichkeit des deutschen Landesstaatsrechts wieder hergestellt worden. LABAND hat — trotz seines exegetischen Irrtums — das damals noch in der Entstehung begriffene, aber doch schon lebendige Recht gelehrt, mit jener Intuition, die das Kennzeichen des zur Rechtsgestaltung berufenen Juristen ist. OTTO MAYER hat den, nachher von SMEND befestigten, Weg gefunden, das geltende Recht ohne Pressung des art. 62 aus der Rezeption einer herrschenden Vorstellung vom Bereiche des Gesetzes dogmatisch einwandfrei zu begründen. Mir selbst ist es jetzt vielleicht noch geglückt, zu zeigen, daß der nie verstummte Widerspruch gegen die, doch auch noch von OTTO MAYER und SMEND angenommene, Immanenz des materiellen Rechtssatzvorbehalts in der Verfassungsurkunde zutreffend ist; dennoch aber nichts beweist gegen die herrschende Lehre soweit diese das geltende Recht betrifft.

III. Mit der Möglichkeit solcher Wandlungen wird man auch rechnen müssen bei der Ergründung der zahlreichen Sondervorbehalte der preußischen Verfassungsurkunde. Mindestens von den »Grundrechten« ist nicht zu vermuten, daß sie unverwandelt aus dem Fegefeuer der Reaktionszeit herausgekommen sind. Ihre Bedeutung ist neuerdings tiefgründiger und lehrreicher als bisher jemals behandelt worden von ANSCHÜTZ in seinem vortrefflichen Kommentar[96]). Aber es bleibt mir das Bedenken, ob er nicht in ein paar Punkten zu sehr dazu neigt, eine harmonische Konkordanz herzustellen zwischen dem in den vier jüngsten Jahrzehnten ausgestalteten Polizeirecht und dem ursprünglichen Sinn der gerade gegen

[95]) Frhr. VON MARSCHALL, Verantwortlichkeit und Gegenzeichnung (1911), 217 ff. — VAN CALKER, Das badische Budgetrecht I (1901). — Allgemein: GG. JELLINEK, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung (1906), 27 ff.

[96]) Vgl. meine Besprechung in Z. f. Politik VII, 280—86.

die Polizei gemünzten Freiheitsverbürgungen einer individualistisch gestimmten Zeit. Doch kann ich mich darüber hier nicht mehr verbreiten und will nur in raschen Strichen andeuten, um was es sich handelt und wieso das bisher Vorgetragene auch eine eigentlich verwaltungsrechtliche Bedeutung hat. Es wird sich weisen, daß auch hier OTTO MAYER mit Meisterhand Probleme gezeigt und geklärt hat.

Grundtatsache ist immer das sog. monarchische Prinzip, d. h. die selbständige Verordnungs- und Verfügungsgewalt der Krone, die nur insoweit beschränkt ist oder wegfällt, als es die Verfassung oder die mit ihr beginnende Rechtsentwicklung mit sich bringen. Bisher war die Rede davon, wie diese selbständige Anordnungsgewalt durch den allgemeinen Vorbehalt beschränkt wird. Dieser ist ja aber unzureichend, um einen »konstitutionellen Staat« zu begründen. Sondervorbehalte müssen hinzutreten.

Gegenüber jeder Art allgemeiner Vorbehaltsgestaltung (formeller oder materieller) bedurfte es eines Sondervorbehalts, um die Etatfestsetzung (art. 99), die Aufnahme einer Anleihe (art. 103), den Abschluß gewisser Staatsverträge (art. 48), die Vergrößerung der Gebietsgrenzen (art. 2) an die Mitwirkung des Landtags zu knüpfen.

Rein organisatorische Anordnungen fallen bekanntlich nicht in den neuen materiellen Rechtssatzvorbehalt. Aber auch in den ursprünglichen formellen fielen sie nur, wenn sie auf vorkonstitutionellem Gesetz beruhten und selbst dann kam noch jene Frage in Betracht, ob nicht die für zuständig bezeichneten Stellen als fungibel gemeint seien. Wollte man also die Einrichtung der Justizorganisation dem Bereiche der selbständigen königlichen Verordnung restlos entziehen, so bedurfte es besonderer Klauseln. Das ist die Hauptfunktion der art. 87—97 und 116[97].

Eine andere Gruppe von Normen, welche die Verfassung der Legislative (oder den von ihren Delegationen lebenden Verordnungen) vorbehalten will, ist der selbständigen Verord-

[97]) Aehnlich artt. 52, 69, 98, 102, 104 Abs. 3, Hauptinhalt des art. 105. — Selbstverständlich sind alle der Verfassungsurkunde einverleibten organisatorischen Einrichtungen dem Verordnungsbereich entrückt, sogar der Notverordnung (Art. 63). Indes gab es da die bedeutungslos gebliebene Einschränkung des art. 118; vgl. BISMARCK, Ged. u. Ergn. II, 62.



nungsgewalt ohnehin entzogen, sobald der materielle Rechtssatzvorbehalt rezipiert ist. Denn allgemeine Normierung der Religionsbetätigung, der Presse, des Verhaftungsrechts der Behörden, des Vereinigungswesens, der Wehrpflicht, der Staatsangehörigkeit u. dgl. betreffen »Freiheit und Eigentum« im übereinkömmlichen Sinne. Soweit es sich um Verordnungen über diese Gegenstände handelt, hat ANSCHÜTZ, der geltendes Recht darstellt, vollkommen recht, wenn er sagt, daß die einschlagenden Artikel keine selbständige Vorbehaltsfunktion haben, sondern lediglich bekräftigen, was ohnehin schon gilt[98]). Nach dem ursprünglichen System der Verfassungsurkunde dagegen hatten diese Bestimmungen, ebenso wie der art. 100, der von den Steuern handelt[99]), eine wichtige Vorbehaltsfunktion schon dann, wenn sie weiter nichts sagen sollten, als daß allgemeine Normen über diese Gegenstände der Gesetzesform bedürften. Denn damit erst waren königliche selbständige Verordnungen auch dort ausgeschlossen, wo das bisherige Recht nur auf Gewohnheit oder behördlichen Verordnungen oder nicht förmlich verkündigten königlichen Verordnungen beruht hatte, was bei Angelegenheiten des öffentlichen Rechts durchaus vorkam.

Immerhin würde diese Ergänzungsrolle keine Erklärung dafür geben, warum man den Grundrechten einen so hervorragenden Platz angewiesen und überhaupt sie so wichtig genommen hat. Sie müssen doch wohl noch andere und wichtigere Funktionen erfüllen.

Es ist vor Zeiten behauptet worden, Verweisung auf ein Gesetz bedeute Ausschließung der Notverordnung. Aber das ist nicht richtig[100]).

Vielmehr ist es die Ausschließung selbständiger Individualakte, welche den Grundrechten und gleichartigen Artikeln, mindestens im ursprünglichen System der Verfassungsurkunde, ihre hohe Wichtigkeit verleiht. Denn (s. oben) keine allgemeine Bestimmung des Grundgesetzes hindert den Monarchen, durch eigene oder eine auf sein Spezialmandat gestützte behördliche Verfügung oder durch nachträgliche bestätigende

[98]) Kommentar 98, 134, 158 f.

[99]) Insofern Auferlegung neuer Steuern dem Vorrang alter Steuergesetze keinen Abbruch tut, die Krone also frei geblieben wäre.

[100]) Vgl. ARNDT, D. Jur.Z. 1914, Sp. 1374.



Billigung einer die Grenzen der vorhandenen Ermächtigungen überschreitenden Verfügung einer Behörde, in Mehrbelastung oder Andersordnung oder Dispensation im Einzelfall die Norm seiner (d. i. der alten) Gesetze zu kreuzen. Es ist eine Verkennung des monarchischen Untergrundes, wenn man dem König von Preußen eine selbständige Verfügungsgewalt nur dort gewähren will, wo ihm die Verfassung ausdrücklich Kompetenzen zuweist. Erst seitdem die Gesetze nicht mehr ausschließlich die seinigen sind, schließen sie sinngemäß im Zweifel derartiges aus. Im übrigen — d. h. im Verhältnis zu den Altgesetzen, die zunächst noch auf Jahre hinaus überwogen — bedurfte es der Sondervorbehalte, um gewisse Rechte und Betätigungen der Bürger sofort vor »Willkür« zu schützen.

So haben denn auch GNEIST und v. RÖNNE die Sache aufgefaßt und ursprünglich H. SCHULZE [101]).

Von neueren Autoren wird dieser Bedeutung der Grundrechte OTTO MAYER gerecht. Er hat mit aller Deutlichkeit betont, daß die Grundrechte nur im Nebenamt das Verordnungsrecht beschränken. »Der Ausschluß tatsächlicher Eingriffe ohne gesetzliche Grundlage ist ja viel wichtiger und in erster Linie gemeint.« SMEND, jetzt auch ANSCHÜTZ und andere sind ihm darin mit Recht gefolgt [102]). Ich kann hier nicht näher ausführen, wie viel Individualeingriffe darnach der Krone trotzdem zunächst noch offen standen [103]), insbesondere weil art. 5 sich nur auf die körperliche Bewegungsfreiheit

[101]) GNEIST, Verwg., Justiz, Rechtsweg, 74 (das Gebiet der englischen Privatbills). — SCHWARTZ, Komm.² 199. — v. RÖNNE unterscheidet I² 190 I¹ 349 (5. Aufl. von ZORN III¹ S. 4) die lex specialis mit großer Klarheit einerseits von den allgemeinen Gesetzen, anderseits von der bloßen Anwendung eines Gesetzes auf den Einzelfall und sagt von ihr sehr richtig, sie sei grundsätzlich „ein Akt der freien Willkür (beziehungsweise der sog. Gnade) des Staatsoberhauptes". Nur hüllt er alles wieder in Zwielicht durch die Hinzufügung, es „könne" das Staatsoberhaupt dabei an Zustimmung der übrigen Faktoren der Gesetzgebung gebunden sein. Natürlich! Fragt sich nur wann. — Ueber H. SCHULZE oben n. 28.

[102]) O. MAYER I¹ 75 n. 11, vgl. I² 73 n. 17; Archiv f. ö. R. XVIII, 101 SMEND 33 f. — ANSCHÜTZ, Komm. 134, vgl. indes auch 97 f. — Ferner E. KAUFMANN im Wörterb. d. St.- u. Vwgs.R. III (1914) 698, u. bes. BÜHLER (oben n. 25) 74 ff.

[103]) Während O. MAYER allerdings anzunehmen scheint, der Katalog decke „Freiheit und Eigentum" sofort im ganzen Umfang.



bezieht[104]) und art. 9 nur auf die Substanz des Eigentumsrechtes, nicht auf die Art und Weise seiner Benutzung[105]).

Besonders deutlich wird dieses Verhältnis beim art. 3. Niemand wird dem »Regenten« des absoluten Staates das Recht absprechen, Naturalisationen und Aufhebungen der Staatsangehörigkeit auch in solchen Fällen zu bewirken, in denen nach dem etwa bestehenden Gesetz die Behörden dazu nicht ermächtigt sind. Durch Erlassung der Verfassungsurkunde hätte er dieses Recht den alten Gesetzen gegenüber nicht verloren gehabt, wenn es ihm art. 3 nicht genommen hätte.

Die Frage ist nun nur, ob nicht inzwischen die Rezeption des materiellen Rechtssatzvorbehalts die Grundrechte auch in dieser Beziehung außer Funktion gesetzt hat. Die meisten Autoren nehmen das wohl an. Entweder tragen sie einfach wie ein Axiom vor, daß »Eingriffe in Freiheit und Eigentum« (das ist die Hauptsache, um die sich's handelt) auf alle Fälle der Ermächtigung bedürften, oder sie folgern es mehr oder minder deutlich aus der Behauptung, auch Individualakte seien Gesetze im Sinne des Vorbehalts, oder sie folgern a potiori: Wenn Verordnungen unzulässig sind, dann sind es Einzeleingriffe erst recht (s. oben S. 180). Nun bedürfen ganz gewiß die Behörden zu einem Vorgehen auf eigene Rechnung der Ermächtigung; schon im absoluten Staate. Aber auch der Monarch und die Behörde, die auf sein Spezialmandat handelt?

Otto Mayer sagt sehr richtig: »Wo steht das geschrieben? Nirgends anders als in den Grundrechten«. — Kurz: Ueber das sog. »Prinzip der Gesetzmäßigkeit« der Verfügungen, bes. auch der Polizeiverfügungen, der Konzessionsentziehungen u. dgl. ist noch manches zu sagen, was hier zu weit führen würde. Es ist ein Verdienst von Ottmar Bühler, daß er deutlich gezeigt hat, auf wie schwachen Füßen unsere verwaltungsrechtliche Theorie in diesen wichtigsten Fragen noch steht. Erklärlich und erträglich ist dieses Helldunkel, weil es eben schon zur Zeit des Absolutismus und erst recht seit Inkrafttreten der Verfassungsurkunde nicht im Sinne der öffentlichen

[104]) Anschütz, Theorien 113 f.; E. Kaufmann; Bühler. — Dagegen legt Anschütz im Komm. 135 den art. 5 jetzt so weit aus wie Arndt. Ebenso Fleiner, Institutionen³, 123.

[105]) Anschütz, Komm. 159.



Meinung und nicht in der Art und Weise des Beamtenstaates liegt, für den Einzelfall Gesetz und Regel durchkreuzende Spezialmandate zu extrahieren; weil die Behörden zu ihren eigenen Verfügungen natürlich immer irgendwie der Ermächtigung bedürfen — sie haben doch nur zugewiesene (delegierte, nicht »selbständige«) Kompetenzen —; endlich weil mit fortschreitender Gesetzgebung der Raum für selbständige Verfügungen schon frühe äußerst eng geworden ist.

Im übrigen beginnen jetzt erst die Schwierigkeiten! Indem ein Verfassungsartikel irgend eine Freiheit »gewährleistet« oder von einer Freiheit, einem Status, einer Bürgerpflicht sagt, nur durch das Gesetz oder nach Maßgabe eines Gesetzes dürfte sie angetastet werden, schließt er selbständige Verordnungen und Verfügungen der Krone aus: aber was läßt er zu?

Anschütz[106]) ist der Ansicht, daß in aller Regel mit den »Gesetzen« Rechtssätze gemeint seien, einschließlich aller alten Ermächtigungen. Damit ist dann seiner Ansicht nach auch die alte Generalermächtigung der Polizeibehörden, die man in den bekannten § 10 II. 17 des Allgemeinen Landrechts zu verlegen sich gewöhnt hat, über die Grundrechte gesetzt, statt hinter sie. Das hat zur Folge, daß die heutige Praxis in ungebrochener Harmonie erscheint mit den Verbürgungen des Grundgesetzes, selbst dann, wenn man, wie Anschütz, Arndts Spuren folgend, es jetzt tut, dem art. 5 die übertriebene Auslegung gibt, als umfasse er die ganze »natürliche Freiheit«. Und es hat weiter zur Folge, daß mehrere der sprachlich eindrucksvollsten Grundrechte auch in dieser Richtung leerlaufen und zu bloßen Bekräftigungen herabsinken, die ebensogut fehlen könnten, weil (vermeintlich) im art. 62 ohnehin drin steckt, was sie betonen.

Nun will ich gelten lassen, daß das Gewohnheitsrecht, das einerseits die nicht bloß vollziehenden Polizeibefehle als neuverpflichtende Anordnungen behandelt (s. oben S. 178), anderseits sie auf den Rahmen des zur Ermächtigung gestempelten § 10 II. 17 beschränkt, schon vor Erlassung der Verfassungsurkunde ausgebildet war, so daß eine vorkonstitutionelle Generalermächtigung in der Tat vorlag. Aber: Ist es denn wahrscheinlich, ja ist es möglich, zu unterstellen, daß die Ver-

[106]) Komm. 139 ff.



fassungsurkunde einer Zeit, die so bewußt gegen polizeiliches Uebermaß bei Beschränkung der bürgerlichen Freiheit Front macht, mit ihren Grundrechten die ganze hergebrachte Polizeigewalt ungeschmälert lassen und nichts anderes habe sagen wollen, als was (vorbehaltlich der lex specialis des Herrschers) auch schon im absoluten Staat gegolten hat: daß die Behörden nicht mit ungesetzlicher Willkür verfahren dürften? Anschütz selbst hat diese Deutung nicht allen Grundrechten gegenüber festhalten können [107]. Mir scheint es kaum zweifelhaft, daß mindestens im ursprünglichen Sinne alle hiefür in Betracht kommenden Grundrechte die Funktion einer Grenze gegenüber der allgemeinen Ermächtigung der Polizeigewalt haben und überhaupt eine gewisse gesetzaufhebende Funktion gemäß art. 109.

In diesem Fall ist die Möglichkeit zu erwägen, daß die speziell auf die persönliche Freiheit, die Haussuchungen, die Enteignung, die Presse, die Vereine usw. gemünzten »gesetzlichen« Vorschriften in Kraft bleiben sollten und sofort erhebt sich die Frage, ob nicht auch hierbei (wie in art. 62) die Worte »Gesetz« und »gesetzlich« lediglich im formellen Sinne zu verstehen seien und die oben erörterte Frage nach dem Kriterium des vorkonstitutionellen Gesetzes nun auch eine verwaltungsrechtliche Bedeutung erhält. So legt in der Tat Otto Mayer den durch den Zaberner Zwischenfall problematisch gewordenen zweiten Satz des art. 36 aus [108])!

Ja noch eine weitere Möglichkeit eröffnet sich! Sie ist um so erwägenswerter, als sie die historisch-politische Wahrscheinlichkeit für sich hat. Dem Geiste der Zeit entsprach es, reinen Tisch zu machen mit den Ueberlieferungen des »Polizeistaats«. Nicht um schlechthin die Verwaltung verständiger Ermächtigungen zur Leitung und Beschränkung der bürgerlichen Freiheit zu berauben, wohl aber um das System der Ermächtigungen unter der zügelnden Mitwirkung der Volksvertretung neu aufzubauen. Danach wären dann alle vorhandenen Einschränkungen und Einschränkungsmöglichkeiten durch ihren Widerspruch mit den grundrechtlichen »Gewährleistungen« als aufgehoben zu denken (art. 109) und würden alle Verweisungen auf Gesetze und gesetzliche Gründe

---

[107]) Vgl. Thoma, Z. f. Politik VII, 284 f.

[108]) I² 327 n. 33; allgemein: Archiv f. ö. R. XVIII, 102.

nur hindeuten auf künftige, mit der neuen Volksvertretung vereinbarte, Gesetze — wobei dann, wie OTTO MAYER, allerdings nur in bezug auf die Constituante von 1789, sagt, die Volksvertretung »dafür gut steht, daß es nicht allzu schlimm wird« [109]). Man bedenke, daß im Jahre 1850 niemand der Meinung war, dem art. 8: »Strafen können nur in Gemäßheit des Gesetzes angedroht oder verhängt werden«; oder dem art. 5: ». . . die Bedingungen . . . unter welchen eine Verhaftung zulässig ist, werden durch das Gesetz bestimmt«; sei durch das Vorhandensein vorkonstitutioneller Ermächtigungen Genüge getan. Man hat sich vielmehr beeilt, durch das Polizeiverwaltungsgesetz v. 11. III. 1850 und das Gesetz zum Schutze der persönlichen Freiheit v. 12. II. 1850 die nötigen neuen Ermächtigungen zu schaffen. Anderseits hat man sich allerdings bei der Weitergeltung der alten Enteignungsgesetze lange beruhigt.

Das sind Andeutungen! Ich hoffe genaueres in künftiger Untersuchung geben zu können.

Für diese wird es sich, soweit sie dem ursprünglichen Sinne der Verfassungsurkunde nachgeht, nicht um ein schroffes Entweder-Oder handeln, sondern um ein Aufsuchen von Leitgedanken, die vielleicht unentwickelt geblieben sind; von Ansätzen, die eine widerstrebende Praxis und Theorie von der Schwelle des Lebens verdrängt hat. Sie wird nicht davor zurückschrecken dürfen, selbst den nicht lebensfähig gewordenen Absichten des Grundgesetzes sorgfältig auf den Grund zu kommen.

Solche Vertiefung wäre gewiß nicht jedem Gesetze gegenüber angebracht. Das würde in ein böses Alexandrinertum führen! Der Jurist ist kein Naturforscher. Gesetze sind vergängliches Willkürwerk; es wohnt ihnen nicht der Selbstzweck inne und die Bewährung zeitlos-allgemeiner Gesetzlichkeit, wie selbst dem bescheidensten Naturgebilde. Aber hier handelt es sich ja nicht um ein beliebiges Gesetz, sondern um die Verfassung des Staates, der den Kern des Deutschen Reiches ausmacht, das Herzstück des in diesem gewaltigen Kriege so herrlich bewährten deutschen Volkskörpers. Da wollen wir uns schon abmühen bis zu höchstmöglicher Klarheit!

[109]) I² 71 n. 12. — I¹ 75 n. 11. — FLEINER, Institutionen³, 125 („nur auf Grund eines unter Mitwirkung der Volksvertretung beschlossenen Gesetzes").



Justizverwaltung und Belagerungszustandsgesetz*).

Zugleich ein Beitrag zur Gewaltenlehre.

Von

Josef Lukas,

Professor an der Universität Münster.

*) Verfasser dieser Abhandlung ist vor ihrer Drucklegung ins Feld gezogen. Statt seiner hat Professor Dr. Ernst Jacobi aus Münster i. W. die Korrektur des Druckes ausgeführt.

I. Einleitung.

In seinem Werke über deutsches Verwaltungsrecht beginnt der verehrte Jubilar mit bedeutsamen staatsrechtlichen Untersuchungen [1]. Es sind die Grundmauern, auf denen sich sein verwaltungsrechtliches System aufbaut. Und einen Eckpfeiler in diesem Fundament bilden die allbekannten Ausführungen über die Dreiteilung der staatlichen Tätigkeit in Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung [2]. Eine ähnliche Dreiteilung nun liegt jenem Gesetz zugrunde, das im heutigen Weltkrieg zu ungeahnter Bedeutung emporgewachsen ist, dem preußischen Gesetz über den Belagerungszustand vom 4. VI. 51 [3], dessen Inhalt bekanntlich durch Art. 68 RV. zu Reichsrecht erklärt worden ist [4]. Indem § 4^{I} dieses Gesetzes die »vollziehende Gewalt« an die Militärbefehlshaber übergehn läßt, ist der Gegensatz zur g e s e t z g e b e n d e n und zur r i c h t e r l i c h e n G e w a l t gemeint. Dies ergibt sich aus der Ausdrucksweise des preußischen Gesetzgebers in der Entstehungszeit des BelagZG. [5]. Sowohl die oktroyierte VU. vom 5. XII. 48 als auch die revidierte vom 31. I. 50 unterscheiden zwischen der »gesetzgebenden Gewalt« [6], der »richterlichen

---

[1] OTTO MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht §§ 1—11.

[2] Ebenda § 1.

[3] Im folgenden zitiert als BelagZG.

[4] Von dem Gebiete des Königreichs Bayern abgesehen. Siehe den Vertrag mit Bayern vom 23. XI. 70, III § 5.

[5] Vgl. die zutreffenden Bemerkungen des Reichsgerichts in dem Urteil des III. Strafsenats vom 14. I. 15, Punkt III Z. 2; siehe auch die inhaltliche Wiedergabe dieses Urteils in Leipziger Zeitschr. f. Deutsches Recht, IX 205.

[6] Art. 60^{I} VU. von 1848 und Art. 62^{I} VU. von 1850 sagen überein stimmend: „Die gesetzgebende Gewalt wird gemeinschaftlich durch den König und durch zwei Kammern ausgeübt.“

Gewalt«[7]) und der »vollziehenden Gewalt«[8]), in Anlehnung an die belgische Verfassung vom 7. II. 31[9]), wo unter der Ueberschrift »Des pouvoirs« (III. Titel) von ebendenselben drei »Gewalten« gehandelt wird, nämlich dem »pouvoir législatif«[10]), dem »pouvoir judiciaire«[11]) und dem »pouvoir exécutif«[12]).

Zwei Einteilungen der Staatstätigkeit haben wir also da vor uns, beide beherrscht von dem formellen Gesichtspunkte der Kompetenz[13]): Eine ältere, welche zwischen den Funktionen der gesetzgebenden, der richterlichen und der vollziehenden Gewalt unterscheidet, und die moderne, auch den vorhin erwähnten Ausführungen OTTO MAYERS zugrunde liegende Einteilung in Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung.

Wie verhalten sich nun die beiden Dreiteilungen zu einander? Liegt der Unterschied lediglich in der Ausdrucksweise, während die Begriffe selbst die gleichen sind? Oder besteht auch in letzterer Beziehung eine Verschiedenheit? Eines darf als sicher gelten: Der Begriff der »Gesetzgebung« ist hier wie dort derselbe; beide Einteilungen haben die Funktion der Legislative, die sog. »formelle Gesetzgebung«, im Auge. Wie aber steht es mit den Bezeichnungen »richterliche Gewalt« und »Justiz«? Haben wir es hier mit ein und demselben oder mit zwei verschiedenen Begriffen zu tun? Die Frage ist für das BelagZG. insofern von Bedeutung, als durch ihre Beant-

---

[7]) Titel VI beider Verfassungsurkunden handelt „von der richterlichen Gewalt".

[8]) Art. 43 VU. von 1848 und Art. 45 VU. von 1850 stellen übereinstimmend das Prinzip auf: „Dem Könige allein steht die vollziehende Gewalt zu."

[9]) Vgl. hierzu RUDOLF SMEND, Die preußische Verfassungsurkunde im Vergleich zur belgischen, Göttinger Preisschrift und Diss. 1904 S. 25 ff.

[10]) Art. 26: „Le pouvoir législatif s'exerce collectivement par le roi, la chambre des représentants et le sénat."

[11]) Art. 30: „Le pouvoir judiciaire est exercé par les cours et tribunaux."

[12]) Art. 29: „Au roi appartient le pouvoir exécutif, tel qu'il est réglé par la constitution."

[13]) Ueber die doppelte Möglichkeit, die Staatstätigkeit in materielle und in formelle Funktionen zu zergliedern, vgl. GEORG JELLINEK, Staatslehre 2. Aufl. 594—600, 3. Aufl. 609—615.

wortung der Umfang der nach § 4 I des Gesetzes auf die Militärbefehlshaber übergehenden »vollziehenden Gewalt« wesentlich mitbestimmt wird. Je nachdem der Begriff der »richterlichen Gewalt«, wie er diesem Gesetze zugrunde liegt, weiter oder enger gefaßt werden muß, erfährt umgekehrt der Umfang der »vollziehenden Gewalt« des § 4 I die entsprechende Verringerung bzw. Vergrößerung.

Mit dem modernen Begriff der Justiz hat die »richterliche Gewalt« des BelagZG. vor allem gemeinsam, daß darunter nicht etwa lediglich Rechtsprechung zu verstehen ist. Denn zweifellos gehören zur »richterlichen Gewalt« im Sinne des BelagZG. auch solche Tätigkeiten, die, wie z. B. die Zwangsvollstreckung im zivilgerichtlichen Verfahren und die freiwillige Gerichtsbarkeit, nicht als Rechtsprechung bezeichnet werden können, wohl aber der über diese weit hinausgehenden Rechtspflege zuzurechnen sind. Anderseits fällt nicht alle Rechtspflege in den Bereich der »richterlichen Gewalt« des BelagZG., sondern nur die bei den Zivil- und Strafgerichten geübte Rechtspflege; ausgenommen ist also die Tätigkeit der Verwaltungsgerichte [14]). Die »richterliche Gewalt« des BelagZG. umfaßt somit grundsätzlich [14a]) das, was wir heute unter Justiz verstehen, denn Justiz ist nach der klassischen Definition von Otto Mayer »die obrigkeitliche Tätigkeit zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung bei den für Zivil- und Strafrechtspflege bestellten Gerichten, den »ordentlichen Ge-

[14]) Dem Sinn des BelagZG. entspricht es, die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht zur „richterlichen“, sondern zur „vollziehenden Gewalt“ zu rechnen. Das ergibt sich aus der Art, wie nach preußischem und Reichsrecht Verwaltungsgerichtsbarkeit und sonstige Verwaltung innig miteinander verwachsen sind, so daß vielfach eine scharfe Scheidung nicht mögich ist. Bezeichnend ist in dieser Hinsicht die Bemerkung von Friedrichs, Das Landesverwaltungsgesetz, 1910 S. 258 Anm. 1 zu §§ 115—126 das preußische Beschlußverfahren sei „eine Abart der Verwaltungsrechtspflege“. — In Oesterreich hingegen, wo Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verwaltung sich in vollster Schärfe voneinander abheben, erscheint die Verwaltungsgerichtsbarkeit aufgefaßt als ein Bestandteil der „richterlichen Gewalt“: Die grundsätzliche Norm über die Zuständigkeit des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes findet sich in dem Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt vom 21. XII. 67 RGBl. Nr. 144, Art. 15 II.

[14a]) Eine wichtige Ausnahme von diesem Grundsatz bilden die Justizfunktionen der Staatsanwaltschaft. Vgl. darüber Abschnitt III.



richten«, wie wir sie bezeichnen, oder den Gerichten schlechthin«[15]).

Daran schließt sich nun die weitere Frage: Beschränkt sich die »richterliche Gewalt« des BelagZG. auf das Gebiet der Justiz, oder erstreckt sie sich auch noch auf jenes Gebiet, das man der Justiz mit bewußter Schärfe als Justiz verwaltung gegenüberstellt[16])? Dies zu untersuchen ist Aufgabe des folgenden Abschnitts.

II. Die grundsätzliche Stellung der Justizverwaltung im BelagZG.

Für die grundsätzliche Stellung der Justizverwaltung im BelagZG. gibt es zwei Möglichkeiten: Entweder Zugehörigkeit zur »richterlichen« oder zur »vollziehenden Gewalt«. Nach heutiger Auffassung ist die Justizverwaltung ein Zweig der Verwaltung, würde also nach der Terminologie des BelagZG. zur »vollziehenden Gewalt« zu rechnen sein. Danach könnte der Militärbefehlshaber in die Angelegenheiten der Justizverwaltung eingreifen, insbesondere auch die Dienstaufsicht über die Gerichte für sich in Anspruch nehmen, wie sie sonst vom Landgerichtspräsidenten, Oberlandesgerichtspräsidenten und Justizminister geübt wird. Sollte das wirklich die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, als er das BelagZG. ins Leben rief?

Bei Untersuchung dieser Frage stoßen wir nun auf die interessante, in der Literatur meines Wissens noch nicht genügend gewürdigte Tatsache, daß zur Zeit der Entstehung des BelagZG. der moderne Begriff der Justizverwaltung noch völlig unbekannt war. Die Tätigkeiten, die wir heute mit diesem Ausdruck zusammenfassen und zur Verwaltung rechnen, wurden damals als Funktionen der »richterlichen Gewalt«, der Justiz angesehen. Man vergleiche, wie der Bonner Staatsrechtslehrer Romeo Maurenbrecher noch im Jahre 1843 die Einteilung vornimmt: Der »richterlichen« stellt er die »verwaltende Gewalt« gegenüber und unterscheidet innerhalb der letzteren drei Unterabteilungen, nämlich Militär-,

[15]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I² 5.
[16]) Ebenda S. 7.



Finanz- und Polizeigewalt[17]). Und auf derselben Linie bewegen sich die Ausführungen von PÖLITZ in seinem berühmten Werke über die Staatswissenschaften: »Die Verwaltung des Staates umschließt ... vier einzelne Teile: die Gerechtigkeitspflege, die Polizei, die Finanzen und die bewaffnete Macht«[18]). Von »Justizverwaltung« ist weder bei dem einen noch bei dem andern Schriftsteller die Rede.

Allerdings das Wort »Justizverwaltung« findet auch in jener Zeit bereits Verwendung, aber nicht im Gegensatz zur Justiz, sondern es bedeutet die Justiz, d. h. die »Verwaltung«, Besorgung der Justizgeschäfte, die gesamte Ausübung der »Justizhoheit«, soweit es sich nicht um Justizgesetzgebung handelt. In diesem allumfassenden Sinn gebraucht z. B. v. MOHL[19]) das Wort »Verwaltung der Rechtspflege«, denn der Abschnitt, der diese Ueberschrift trägt, enthält nicht etwa bloß das Recht der Justizverwaltung im heutigen Sinn des Wortes, sondern eine Darstellung der gesamten für die Justiz geltenden staatsrechtlichen Grundsätze. Und noch im Jahre 1852 wird das Wort »Justizverwaltung« unterschiedslos für alle Geschäfte der »verwaltenden Justizhoheit im Gegensatz der gesetzgebenden« verwendet von dem Göttinger Rechtslehrer E. HERRMANN in einer gleich im folgenden eingehender zu würdigenden Abhandlung[20])[20a]).

[17]) MAURENBRECHER, Grundsätze des heutigen Deutschen Staatsrechts, 2. unveränderter Abdruck 1843, S. 52.

[18]) PÖLITZ. Die Staatswissenschaften im Lichte unserer Zeit, 2. Aufl. I 1827, S. 237.

[19]) Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, 2. Aufl. II 1840 S. 223.

[20]) HERRMANN, Der Begriff der Staatsanwaltschaft. Archiv des Kriminalrechts 1852, 289–320. Vgl. S. 305: Im allgemeinen ließ die weite Ausdehnung der richterlichen Berufssphäre im Verhältnis zur gerichtsherrlichen „die letztere soweit in den Hintergrund treten, daß man sich häufig als die alleinigen Organe der Justizverwaltung die Gerichte dachte"; S. 306, wo von dem Fall gesprochen wird, daß „nach der bestehenden Prozeßordnung die einzelnen Rechtssachen keine andere justizverwaltende Tätigkeit, als die richteramtliche, zu ihrer Erledigung erfordern"; S 316: Sind nach dem wirklichen Bestande unserer Rechtsordnung in der verwaltenden Justizhoheit des Staates (Gerichtsbarkeit im weiteren Sinne) die beiden Zweige der Gerichtsherrlichkeit und der richterlichen Gewalt zu unterscheiden, . . ."

[20a]) Uebrigens findet sich diese veraltete Begriffsbestimmung auch



Nicht uninteressant ist es, daß auch der preußische Gesetzgeber jener Zeit das Wort »Justizverwaltung« in dieser weiten Bedeutung verwendet: Das Disziplinargesetz für die nichtrichterlichen Beamten vom 21. VII. 52 und schon vorher die denselben Gegenstand behandelnde Notverordnung vom 11. VII. 49 enthalten in § 55 bzw. § 59 wörtlich übereinstimmend den Satz, daß »hinsichtlich der Beamten der Justizverwaltung, welche kein Richteramt bekleiden, die nachfolgenden näheren Bestimmungen gelten«. Daraus ergibt sich, daß der Gesetzgeber auch die Richter zu den »Beamten der Justizverwaltung« rechnet. Es ist augenscheinlich, daß »Justizverwaltung« in diesem Sinne auch die Rechtspflege der Gerichte, also die Justiz im heutigen, gegenüber damals wesentlich engeren Sinne des Wortes mit umfaßt.

Anstelle der heutigen Unterscheidung zwischen Justiz und Justizverwaltung gab es damals eine andere: Man unterschied innerhalb der Gesamtheit der justizhoheitlichen Funktionen zwischen Justizhoheit im engeren Sinn und richterlicher Gewalt im engeren Sinn. Mit aller Schärfe ist diese Zweiteilung durchgeführt in dem System des Deutschen Staatsrechts von Karl Eduard Weiss [21]), sie liegt aber im wesentlichen auch den meisten anderen staatsrechtlichen Gesamtdarstellungen jener Zeit zugrunde. Es könnte daher der Gedanke aufkommen, daß auch das BelagZG. von dieser Zweiteilung beherrscht sei; dann würde die Justizhoheit im engeren Sinn zur »vollziehenden Gewalt« des § 4 I BelagZG. zu rechnen sein. Eine derartige Auffassung wäre jedoch irrig. Daß sie dem Sinn des BelagZG. nicht entspricht, ergibt sich u. a. aus der Erwägung, daß der letzte Satz in § 4 I nur die Verwaltungsbehörden — in deutlichem Gegensatz zu den Gerichts-

---

noch in der neueren Literatur dann und wann vertreten: v. Stengel, Lehrb. des Deutschen Verwalt.-R. 1886 S. 4, wo gesagt ist, daß die Justizverwaltung „sowohl die Rechtsprechung selbst wie auch die Bestellung und Erhaltung der der Rechtsprechung gewidmeten Organe und Einrichtungen umfaßt." v. Risch im Wörterb. des Deutschen Verwalt.-R. herausgeg. von v. Stengel, 2. Ergänz.-Bd. 1893, S. 125 stellt der Justizverwaltung „in der hier maßgebenden engeren technischen Bedeutung" die „Justizverwaltung im weiteren Sinn" gegenüber, d. h. „die gesamte staatliche Tätigkeit auf dem Gebiete der Zivil- und Strafrechtspflege mit Einschluß der richterlichen Rechtsprechung selbst."

[21]) Weiss, System des deutschen Staatsrechts, 1843, 710.



behörden — den dienstlichen Anordnungen des Militärbefehlshabers unterwirft. Die Justizhoheit im engeren Sinn muß also der »richterlichen Gewalt« im Sinne des BelagZG. beigezählt werden. Für die Terminologie jener Zeit hat das an sich nichts Auffallendes, rechnet ja doch gerade auch Weiss a. a. O. die Justizhoheit im engeren Sinn zur »richterlichen Gewalt«, indem er sie als »potestas judiciaria suprema s. sublimis« bezeichnet, zum Unterschied von der richterlichen Gewalt im engeren Sinn, die er »potestas judiciaria subordinata s. subalterna, jurisdictio« nennt.

Wodurch unterscheidet sich nun diese ältere Einteilung von der heutigen in Justiz und Justizverwaltung? Der Unterschied ist ein ganz wesentlicher: Bei der Gegenüberstellung von Justiz und Justizverwaltung ist der Einteilungsgrund ein materieller, er besteht ausschließlich in der inhaltlichen Verschiedenheit der in Frage kommenden Staatstätigkeiten. Dagegen war bei der älteren Unterscheidung zwischen Justizhoheit im engeren Sinn und richterlicher Gewalt im engeren Sinn zunächst der rein formelle Gesichtspunkt der beteiligten Subjekte maßgebend. Man vergleiche, was Weiss a. a. O. zu diesem Gegenstand zu sagen hat. Der betreffende Paragraph trägt die Ueberschrift »Von dem Subjekte dieser Gewalt« und enthält folgende Ausführungen:

»Alle in der Zivil- wie Kriminaljustizhoheit liegenden Rechte kommen zwar dem Regenten, als alleinigem Inhaber der gesamten Staatsgewalt, ausschließlich zu; insofern es aber ein allgemeiner Grundsatz des deutschen Staatsrechts ist, daß die Ausübung der in der Justizhoheit mit enthaltenen richterlichen Gewalt oder Gerichtsbarkeit, d. h. daß das Recht, sowohl bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, nach vorangegangener Verhandlung, zu entscheiden, als auch Verbrechen zu untersuchen und zu bestrafen, besonderen Gerichten, die im Materiellen der Justizerteilung und dem gerichtlichen Verfahren, innerhalb der Grenzen seiner gesetzlichen Form und Wirksamkeit, von dem Einflusse der Regierung unabhängig sind, übertragen werden muß, indem jegliche Hof- und Kabinettsjustiz in Deutschland ausgeschlossen ist, so kann, mit Bezug hierauf und mit Rücksicht auf die Art und Weise der Ausübung der in der Justizhoheit enthaltenen Berechtigungen von einer Justiz-

hoheit im engeren Sinn . . . im Gegensatz von der richterlichen Gewalt oder Gerichtsbarkeit . . . geredet werden.«

Von dieser Auffassung bis zu der rein inhaltlichen Scheidung von Justiz und Justizverwaltung ist ein weiter Weg. Der entscheidende Schritt nun in dieser Entwicklung besteht darin, daß mit der Gegenüberstellung von Justizhoheit im engeren Sinn und richterlicher Gewalt im engeren Sinn nicht nur die Verschiedenheit des Subjekts, sondern vor allem auch die Verschiedenheit des Inhaltes der beteiligten staatlichen Tätigkeiten zum Ausdruck gebracht wird. Diesen so wichtigen Schritt nach vorwärts tut die vorhin erwähnte im Jahre 1852 erschienene grundlegende Abhandlung von E. HERRMANN über den Begriff der Staatsanwaltschaft: Er stellt die Justizhoheit im engeren Sinn als »Gerichtsherrlichkeit« der »richterlichen Gewalt (Gerichtsbarkeit im engeren Sinn)« gegenüber und bezeichnet beide als »zwei nach Inhalt wie nach Organ und Form der Ausübung differente Bestandteile« der »Gerichtsbarkeit im weiteren Sinn« [22]).

Durch diese Hervorhebung der inhaltlichen Verschiedenheit ist die HERRMANNsche Unterscheidung von »Gerichtsherrlichkeit« und »richterlicher Gewalt« der Vorläufer der modernen Unterscheidung von Justizverwaltung und Justiz geworden [23]). Aber auch nur der Vorläufer. Immer noch bleibt zwischen beiden Einteilungen eine erhebliche Differenz bestehen. Denn zu den Funktionen der Gerichtsherrlichkeit gehört natürlich auch die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren [23a]), während bei der Gegenüberstellung von Justiz und Justizverwaltung dieselbe Tätigkeit in die Justiz eingereiht werden muß [24]), und Gleiches

[22]) HERRMANN 298 f. — Vor HERRMANN hat bereits FALCK, Handb. d. Schleswig-Holsteinschen Privatrechts, „die Wichtigkeit der obigen Unterscheidung für das Begreifen der bestehenden gerichtlichen Einrichtungen hervorgehoben“, aber dieses Werk war „von den Juristen außerhalb der Herzogtümer viel zu wenig gekannt und gebraucht“. HERRMANN 298[9].

[23]) Und es ist sehr bezeichnend, daß HERRMANN selbst gelegentlich einmal (S. 305 oben) von „justizhoheitlichen Verwaltungsgeschäften“ spricht.

[23 a]) So auch HERRMANN 306 f., 316 f.

[24]) Vielleicht ist es auf eine Verwechslung der beiden Begriffe „Gerichtsherrlichkeit“ und „Justizverwaltung“ zurückzuführen, daß GRAF ZU DOHNA, Das Strafverfahren, 1913, S. 59 die Staatsanwaltschaft einfach als „Landesjustizverwaltungsbehörde“ bezeichnet.



gilt von der Strafvollstreckung, sofern diese in den Wirkungskreis der Staatsanwaltschaft fällt: In diesem Fall ist die Strafvollstreckung eine Funktion der Gerichtsherrlichkeit, muß aber gleichwohl als eine Funktion der Justiz bezeichnet werden[24a].

Den nächsten Schritt in der ganzen Entwicklung stellen die Ausführungen von HEINRICH ALBERT ZACHARIAE dar, indem dieser für die Unterscheidung von Gerichtsherrlichkeit und richterlicher Gewalt nur die inhaltliche Verschiedenheit der betreffenden Staatstätigkeiten als wesentlich erklärt, während er die Verschiedenheit der Subjekte lediglich als zufällige Begleiterscheinung ansieht. Er bezeichnet »Gerichtsherrlichkeit« und »richterliche Gewalt oder Gerichtsbarkeit im engeren Sinn« als »zwei Bestandteile, welche sich jedenfalls ihrem Inhalt nach begriffsmäßig unterscheiden lassen und zu Zeiten auch von besonderen Organen mit verschiedenen Funktionen repräsentiert worden sind«[25]. Dabei wird in einer Anmerkung ausdrücklich hinzugefügt, daß HERRMANN »sich das Verdienst erworben hat, diese Unterscheidung hervorgehoben zu haben«. Auch ein Vergleich der ersten Auflage des Werkes von ZACHARIAE mit den Ausführungen der zweiten und dritten Auflage veranschaulicht mit größter Deutlichkeit den Umschwung, den die in der Zwischenzeit erschienene Abhandlung von HERRMANN in die Behandlung des Gegenstandes gebracht hat.

[24a]) Nichtsdestoweniger ist in der Literatur des deutschen Strafprozeßrechts die Meinung vertreten, die Strafvollstreckung gehöre nicht zur Justiz, sondern zur Justizverwaltung. So VON KRIES, Lehrb. d. deutschen Strafprozeßrechts 1892, 113. Mit demselben Rechte könnte man auch die Zwangsvollstreckung im zivilgerichtlichen Verfahren als Justizverwaltung bezeichnen. Den richtigen Standpunkt vertreten u. a. HEINRICH ALBERT ZACHARIAE, Handb. d. deutschen Strafprozesses II (1868), 688 f.; GEYER, Lehrb. d. gemeinen deutschen Strafprozeßrechts, 1880, 887 f.; BINDING, Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts[4] 1900, 280; BIRKMEYER, Deutsches Strafprozeßrecht, 1898, 751; BENNECKE-BELING, Lehrb. d. deutschen Reichsstrafprozesses, 1900, 613 (umgekehrt früher BENNECKE in der 1. Aufl. S. 790).

[25]) HEINRICH ALBERT ZACHARIAE, Deutsches Staats- und Bundesrecht, II[2] 1854, S. 202; II[3] 1867, S. 204. Wenn ZACHARIAE a. a. O. neben Gerichtsherrlichkeit und richterlicher Gewalt oder Gerichtsbarkeit im engeren Sinn noch die „Oberaufsicht über das Justizwesen“ als besondere Kategorie unterscheidet, so erklärt sich das dadurch, daß er ganz im allgemeinen die „oberaufsehende“ Tätigkeit als besondere Funktion der Staatsgewalt ansieht. Vgl. ZACHARIAE I[3] 1865, S. 73.



In einem wesentlichen Punkte aber haben sowohl HERRMANN wie ZACHARIAE an der bisherigen Auffassung festgehalten: »Gerichtsherrlichkeit« und »richterliche Gewalt« sind in ihren Augen, beide in gleicher Weise, Bestandteile der Rechtspflege, der Justiz. Nach HERRMANN bilden beide Funktionen zusammen »die Gerichtsbarkeit im weiteren Sinne, d. h. die verwaltende Justizhoheit im Gegensatze der gesetzgebenden, oder die öffentliche Gewalt, welche den Schutz und die Aufrechterhaltung des Rechts im Wege des Gerichts bewirkt«[26]. Und noch deutlicher ZACHARIAE, der »die Gerichtsherrlichkeit und die richterliche Gewalt oder Gerichtsbarkeit im engeren Sinn« die beiden Bestandteile der »Gerichtsbarkeit oder richterlichen Gewalt (potestas judiciaria; jurisdictio in specie)« sein läßt, »welche den Schutz und die Aufrechterhaltung des Rechts im Wege des Gerichts bewirkt«[27]. Unter diesen Umständen darf es uns nicht wundernehmen, daß noch im Jahre 1857 JULIUS WILHELM PLANCK die gerichtsherrlichen Funktionen schlechthin, also auch diejenigen, die wir heute zur Justizverwaltung rechnen, als einen »Teil der Rechtspflege« bezeichnet[28]. Anderseits aber bedeuten die Ausführungen PLANCKS insofern einen weiteren Schritt in der hier skizzierten Entwicklung, als er mit dem Worte »Justizverwaltung« nur solche Funktionen zusammenfaßt, die wir auch heute zur Justizverwaltung rechnen: »Die Bestellung des erforderlichen Personals«, »die Regelung des Geschäftsbetriebs« bei den Gerichten, »die Herstellung und Einrichtung der für die Rechtspflege erforderlichen Anstalten«, »die Oberaufsicht über den Gang der Rechtspflege«, »die Bestreitung der allgemeinen Kosten der Strafrechtspflege, sowie die Einziehung der Einkünfte an Sporteln, Stempeln und Strafgeldern«[29].

Seit wann die Justizverwaltung aus der Rechtspflege, der Justiz ausgeschieden ist und als ein Zweig der Verwaltung behandelt wird, vermag ich nicht mit Sicherheit festzustellen. Vermutlich hat einen wesentlichen Anteil daran die Reichs-

---

[26]) HERRMANN 298.

[27]) HEINRICH ALBERT ZACHARIAE, Deutsches Staats- und Bundesrecht, II² 202, II³ 204.

[28]) JULIUS WILHELM PLANCK, Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens, Göttingen 1857, S. 27.

[29]) Ebenda S. 4 f.

justizgesetzgebung des Jahres 1877, indem sie in § 4 EGGVG. mit voller Klarheit »Gerichtsbarkeit« und »Justizverwaltung« von einander scheidet und letztere als eine Funktion der »Verwaltung« bezeichnet [30]).

Die bisherigen Darlegungen lehren wohl zur Genüge, daß die Lostrennung der Justizverwaltung von der Justiz und ihr Uebergang in den Bereich der »vollziehenden Gewalt« oder Verwaltung erst sehr spät stattgefunden hat. Für die Auslegung des BelagZG. ergibt sich daraus als Grundsatz, daß die Justizverwaltung nicht unter die »vollziehende«, sondern unter die »richterliche Gewalt« im Sinne des § 4 I dieses Gesetzes fällt, somit dem Eingriffe des Militärbefehlshabers entzogen ist [30a]). Allerdings hat die ganze Frage bei der Anwendung des Gesetzes im gegenwärtigen Kriege wohl schwerlich zu Zweifeln Anlaß gegeben. Infolgedessen steht die praktische Bedeutung des Ergebnisses stark zurück hinter dem dogmengeschichtlichen Interesse, das die Frage zu erwecken geeignet ist, indem sie Anlaß bietet, die Entstehung des heutigen Begriffs der Justizverwaltung zu verfolgen.

In dieser letzteren Beziehung nun ergeben die vorstehenden Untersuchungen, daß der Begriff Justizverwaltung ein deutscher ist, auf dem Boden der deutschen Literatur allmählich vorbereitet und sodann vom Reichsgesetzgeber in § 4 EGGVG. ausdrücklich anerkannt.

Mit dieser deutschen Entwicklung der Lehre von den Funktionen der Staatsgewalt ist aber eine wichtige Folgeerscheinung verbunden: Sobald man Justiz und Justizverwaltung zueinander in Gegensatz bringt und die Justizverwaltung als eine Funktion der Verwaltung auffaßt, ist die Dreiteilung in Gesetzgebung, Justiz und sog. formelle Verwaltung nicht mehr eine rein formelle. Zwar ist auch dann noch der formelle Gesichtspunkt der Kompetenz vorherrschend, aber er ist nicht mehr alleinherrschend, sondern bis zu einem gewissen Grade kommt dann auch das materielle Moment, der Gesichtspunkt des Inhaltes, des Gegenstandes der Funktion, zur Geltung. Der Begriff der Justiz, wie er nach dem

[30]) Vgl. auch §§ 77—86 preuß. AGGVG.

[30a]) Eine wichtige Ausnahme von diesem Grundsatz bilden die Justizverwaltungsfunktionen der Staatsanwaltschaft. Vgl. darüber Abschnitt III.



Ausscheiden der Justizverwaltung vor uns steht, setzt sich nämlich aus einem formellen und einem materiellen Kriterium zusammen: Insofern die Justiz nur die Rechtspflege bei den ordentlichen Gerichten umfaßt, ist sie eine formelle Funktion geblieben, insoweit die Justiz aber nicht alle bei den ordentlichen Gerichten ausgeübte Staatstätigkeit, sondern nur die Rechtspflege umfaßt, ist sie eine materielle Funktion[31]. Und dieser Doppelcharakter des Begriffes der Justiz äußert seine Rückwirkung auch auf den Begriff der sog. formellen Verwaltung: Soweit dieselbe Justizverwaltung ist, hat in den sonst rein formellen Begriff unvermeidbar ein materielles Kriterium Eingang gefunden.

So können wir in der deutschen Literatur des 19. Jahrhunderts über die Einteilung der Staatsfunktionen eine interessante Wandlung beobachten: Unter dem Einfluß der Gewaltentrennungslehre gab es zunächst eine Einteilung in rein formelle Funktionen[32], nämlich die Dreiteilung in die Funktionen der gesetzgebenden, richterlichen und vollziehenden Gewalt, oder, was damals dasselbe war, in Gesetzgebung, Justiz (Justizverwaltung mit inbegriffen) und Verwaltung. Diese rein formelle Einteilung findet sich noch in der preußischen Verfassung von 1850 und liegt, wie wir gesehen haben, auch dem BelagZG. zugrunde. Durch das Ausscheiden der Justizverwaltung aus dem Begriffe der Justiz und Ueberweisung an die Verwaltung ist dann die heutige Dreiteilung in Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung mit der ihr eigentümlichen

[31]) Im Gegensatz dazu behandelt GEORG JELLINEK, Staatslehre, 2. Aufl. 584 f., 598 f., 3. Aufl. 599 f., 613 f. die Justiz als eine rein formelle Funktion. Allein das, was er bei dieser Gelegenheit (2. Aufl. 584 f., 3. Aufl. 599 f.) über den rein formellen Charakter des Gegensatzes von Justiz und Verwaltung sagt, paßt wohl für die Kompetenzabgrenzung zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden, trifft aber nicht zu, soweit es sich um die Abgrenzung von Justiz und Justizverwaltung handelt. Daß z. B. die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft im strafgerichtlichen Verfahren zur Justiz und nicht zur Justizverwaltung zu rechnen ist, findet seine Erklärung nicht in irgend einem formellen, sondern ausschließlich in einem materiellen Moment, nämlich in der Tatsache, daß der Inhalt dieser Tätigkeit sich als Teilnahme an der Rechtspflege darstellt.

[32]) Natürlich gab es daneben auch eine Einteilung in materielle Funktionen (Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung; vgl. dazu JELLINEK, 2. Aufl. 594 ff., 3. Aufl. 609 ff.), diese bleibt aber hier außer Betracht.

Vermischung des formellen und des materiellen Moments entstanden.

Im Gegensatz dazu ist der französischen und belgischen Staats- und Verwaltungsrechtsliteratur der Begriff der Justizverwaltung, soweit ich sehe, auch heute noch unbekannt. Das Wort »Justizverwaltung«, »administration de la justice« findet sich in den betreffenden Werken entweder überhaupt nicht [33]) oder wird, wenn es doch der Fall ist, in dem alten, allumfassenden Sinn gebraucht, wie früher auch in Deutschland: Besorgung, Verwaltung der gesamten Justizgeschäfte [34]). Infolgedessen ist dieser Literatur der Gegensatz von Justiz und Justizverwaltung fremd [35]), statt dessen beherrscht dort der Gegensatz von richterlicher und vollziehender Gewalt, von pouvoir judiciaire und pouvoir exécutif das Feld. Und zwar hat diese Gegenüberstellung einen zweifachen Sinn: Entweder ist dabei an den Gegensatz der formellen Funktionen (Funktion der Gerichte — Funktion der Verwaltungsorgane) oder an den Gegensatz der materiellen Funktionen (Rechtsprechung — materielle Verwaltung) gedacht. Ja, man kann die Beobachtung machen, daß der letztere Gegensatz ungleich häufiger Gegenstand der Betrachtung ist als der erstere [36]).

---

[33]) Dies gilt insbesondere auch von Werken über französisches Verwaltungsrecht. So BERTHÉLEMY, Traité élémentaire de droit administratif, 5. Aufl. 1908; JÈZE, Das Verwalt.-R. der französ. Republik, 1913.

[34]) So LEBON, Das Staatsrecht der französ. Republik, 1886, S. 79, 80 — dagegen findet sich dieser Ausdruck bei LEBON, Das Verfass.-R. der französ. Republik, 1909 nicht mehr —; ferner ESMEIN, Éléments de droit constitutionnel, 3. Aufl. 1903, 337, 339; VAUTHIER, Das Staatsrecht des Königreichs Belgien, 1892, S. 55, 56.

[35]) Eine Ausnahme bildet LEBON. Ihm ist der Gegensatz von Justiz und Justizverwaltung geläufig, denn einerseits findet sich in seinem Staatsrecht der französ. Republik, 1886, S. 79 der Satz, daß die Tätigkeit der Justiz „die bürgerliche, die Straf- und Handelsrechtspflege" umfasse, also ein deutlicher Hinweis auf den Begriff der Justiz, anderseits heißt es in seinem Verfassungsrecht der französ. Republik, 1909, S. 159: „Der Staatsanwalt besitzt gewisse administrative Befugnisse", womit dessen Justizverwaltungsbefugnisse angedeutet sind.

[36]) Typisch sind in dieser Beziehung die Ausführungen von DUGUIT, Traité de droit constitutionnel I 1911, S. 432: „Sans doute, les fonctionnaires judiciaires font surtout des actes jurisdictionnels, mais ils font beaucoup d'actes qui ont le caractère matériel d'actes administratifs, par exemple, en matière pénale, les mandats délivrés par les juges d'instruction, les mises en liberté provisoire, et en matière civile les autorisations données à des

Zum Schlusse sei noch die Frage aufgeworfen, welche von beiden Einteilungen die zweckmäßigere ist, die deutsche Einteilung in Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung mit ihrer Vermischung des formellen mit dem materiellen Moment, oder die französisch-belgische Terminologie, die einfach richterliche und vollziehende Gewalt einander gegenüberstellt. Die Antwort, glaube ich, muß zugunsten der deutschen Einteilung ausfallen.

Die Probe darauf läßt sich meines Erachtens am besten durch eine Betrachtung der Funktionen der Staatsanwaltschaft machen: Vom Standpunkt der deutschen Einteilung aus sind die Zuständigkeiten der Staatsanwaltschaft teils zur Justiz, teils zur Justizverwaltung zu rechnen. Das ist eine Unterscheidung, die sich ganz ungezwungen vollzieht und der erforderlichen Klarheit Rechnung trägt. Wie verhält es sich nun aber mit der französisch-belgischen Gegenüberstellung von richterlicher und vollziehender Gewalt? Hier ist die Möglichkeit einer Unterscheidung innerhalb der staatsanwaltschaftlichen Funktionen nicht gegeben, da es in der dortigen Literatur an dem Gegensatz von Justiz und Justizverwaltung fehlt. Man mag die vollziehende Gewalt im materiellen oder im formellen Sinn verstehen, unter allen Umständen sind die Funktionen der Staatsanwaltschaft insgesamt als Aeußerungen der »vollziehenden« Gewalt anzusehen. Infolgedessen ergibt sich für die französisch-belgische Auffassung die unausbleibliche Konsequenz, die Staatsanwaltschaft einfach als eine Behörde der vollziehenden Gewalt, als Verwaltungsbehörde zu behandeln. Dieses Ergebnis ist höchst unbefriedigend. Es ist bezeichnend, daß in der französisch-belgischen Literatur die eben erwähnte Konsequenz nur selten ausdrücklich anerkannt wird, so von VAUTHIER, der in seinem System des belgischen Staatsrechts die Mitglieder der Staatsanwaltschaft als »Beamte der vollziehenden Gewalt bei den Gerichten« erklärt [37]). Aber wenn auch die meisten Schriftsteller sich in diesem Punkte ausschweigen, an der Tatsache, daß diese Konsequenz notwendig gegeben ist,

---

incapables, les homologations d'actes faits par des incapables ou leurs représentants légaux, les jugements d'interdiction, la dation d'un conseil judiciaire, etc."

[37]) VAUTHIER, Das Staatsrecht des Königreichs Belgien, 1892, S. 62 f.



wird dadurch nichts geändert. Deutlich zeigt sich das in der Lehre von der Strafvollstreckung: Diese ist in Frankreich bekanntlich dem Staatsanwalt übertragen. Damit steht aber auch bereits fest, daß der französischen Auffassung die Strafvollstreckung notwendig als Funktion nicht der richterlichen, sondern der vollziehenden Gewalt, als eine administrative Tätigkeit erscheinen muß.

Die deutsche Auffassung, ausgehend von der Dreiteilung in Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung, ist in beiden Punkten eine ganz andere: Die Staatsanwaltschaft ist in ihren wichtigsten Funktionen Justizbehörde, erst in zweiter Linie kommt sie auch als Verwaltungsbehörde (Justizverwaltungsbehörde) in Betracht, und die der Staatsanwaltschaft zustehende Strafvollstreckung ist eine Funktion der Justiz, nicht der Verwaltung. Wenn trotzdem auch in der deutschen Literatur vereinzelt die Staatsanwaltschaft einfach als Justizverwaltungsbehörde (vgl. Anm. 24) und von manchen Schriftstellern die Strafvollstreckung als eine Funktion nicht der Justiz, sondern der Verwaltung bezeichnet wird (vgl. Anm. 24[a]), so mag hierzu wohl der Einfluß der französischen Auffassung mit beigetragen haben, die auf einem ganz anderen Boden erwachsen ist. Dank der Unterscheidung von Justiz und Justizverwaltung haben aber wir Deutsche es nicht nötig, die französische Auffassung in unseren Vorstellungskreis zu übertragen.

III. Die Stellung der Staatsanwaltschaft im BelagZG.

Im vorigen Abschnitt haben wir festgestellt, daß nicht nur die Justiz, sondern auch die Justizverwaltung grundsätzlich der Einwirkung des Militärbefehlshabers entrückt ist. Gilt das Gesagte auch von der Tätigkeit der Staatsanwaltschaft? Der entscheidende Gesichtspunkt ist wohl der, ob die Staatsanwaltschaft als eine Behörde der »richterlichen« oder der »vollziehenden Gewalt« im Sinne des BelagZG. anzusehen ist. Da, wie wir gesehen haben, das BelagZG. sogar die heute zur Justizverwaltung gehörigen staatlichen Tätigkeiten grundsätzlich zur »richterlichen Gewalt« rechnet, wäre an sich der Schluß ziemlich naheliegend, daß



es die Staatsanwaltschaft als Organ der »richterlichen Gewalt« behandelt wissen wolle.

Gegenüber einer derartigen Auffassung muß aber vor allem das sprachliche Moment ins Treffen geführt werden. Der Ausdruck »richterliche Gewalt« ist bekanntlich neueren Datums; er stammt aus der französischen Gewaltentrennungslehre und ist die Uebersetzung von »pouvoir judiciaire«. Die ältere Bezeichnung ist »Justizhoheit, Justizgewalt«. Solange nun in Deutschland die französische Institution der Staatsanwaltschaft noch nicht eingeführt war, bestanden gegen die Identifizierung von »richterlicher Gewalt« und »Justizhoheit« wohl kaum irgendwelche sprachlichen Bedenken [38]). Dies änderte sich jedoch, als es in den 40er Jahren und namentlich seit 1848 zur Einführung der Staatsanwaltschaft in Deutschland kam [39]). Auf der einen Seite war es das einzig Richtige, diese Behörde als ein Organ der Justizhoheit des Staates zu bezeichnen, und die mehrfach erwähnte Studie von HERRMANN über den Begriff der Staatsanwaltschaft hatte ja auch den Zweck, anders gearteten Auffassungen gegenüber darzutun, daß die Staatsanwaltschaft Justizbehörde und nicht Verwaltungsbehörde sei [40]). Auf der anderen Seite aber ergaben sich für denjenigen, der, von der Terminologie der Gewaltentrennungslehre Gebrauch machend, nicht von »Justizhoheit«, sondern von »richterlicher Gewalt« sprach, hinsichtlich der Unterbringung der Staatsanwaltschaft erhebliche sprachliche Schwierigkeiten: Sie als Organ der »richterlichen Gewalt« zu bezeichnen, mußte dem Sprachgefühl in derselben Weise widerstreiten, wie im Französischen, sie den Organen des »pouvoir judiciaire« beizuzählen. Da blieb aber dann nichts anderes übrig, als sie zu den Organen der »vollziehenden Gewalt« zu rechnen.

In der Tat ist das auch die Auffassung des preußischen Gesetzgebers jener Zeit; zum Beweise dessen verweise ich auf

---

38) Es hat daher nichts Auffallendes an sich, daß MAURENBRECHER noch im Jahre 1843 das Wort „richterliche Gewalt" augenscheinlich gleichbedeutend mit „Justizhoheit" gebraucht. Vgl. S. 228 f.

39) Vgl. hierzu SUNDELIN, Die Staatsanwaltschaft in Deutschland, 1860 § 1; HEINRICH ALBERT ZACHARIAE, Handb. d. deutschen Strafprozesses, I 1861, S. 409 ff.

40) HERRMANN a. a. O. namentlich 306 f., 312 ff.

die beiden Verfassungsurkunden, die oktroyierte von 1848 und die revidierte von 1850. In beiden Verfassungen ist im VI. Titel, der von der »richterlichen Gewalt« handelt, nur von den Richtern und den Gerichten, dagegen nicht von der Staatsanwaltschaft die Rede. Allein nicht genug damit, der folgende, VII. Titel, der die rechtliche Stellung der nichtrichterlichen Staatsbeamten zum Gegenstand hat, enthält in § 96 VU. von 1848, bzw. § 98 VU. von 1850 eine Bestimmung, aus der hervorgeht, daß der Gesetzgeber die Staatsanwälte zu den »ausführenden Organen«, also zu den Organen der »vollziehenden Gewalt« rechnet.

Anderseits aber wurde die Staatsanwaltschaft vom preußischen Gesetzgeber jener Zeit nicht als Verwaltungs-, sondern als Justizbehörde angesehen. So rechnet die Verordnung über die Aufhebung der Privatgerichtsbarkeit und des eximierten Gerichtsstandes, sowie über die anderweitige Organisation der Gerichte vom 2. I. 49 die Staatsanwälte zu den Justizbeamten, indem der auch von den Staatsanwälten handelnde § 36 die Ueberschrift trägt »Ernennung und Qualifikation der Justizbeamten«. Ferner ist in der Notverordnung über das Disziplinarrecht der nichtrichterlichen Beamten vom 11. VII. 49 und in dem denselben Gegenstand behandelnden Gesetz vom 21. VII. 52 im IV. Abschnitt unter der Ueberschrift »Nähere und besondere Bestimmungen in Betreff der Beamten der Justizverwaltung« — dieses Wort offensichtlich in dem allumfassenden Sinn der älteren Terminologie verstanden (vgl. S. 229) — auch von den Staatsanwälten die Rede.

Wir haben also den merkwürdigen Fall, daß der preußische Gesetzgeber die Staatsanwaltschaft das eine Mal zu den Organen der »vollziehenden Gewalt«, das andere Mal zu den Justizbehörden zählt. Ist das nicht ein Widerspruch? Meiner Meinung nach nicht. »Richterliche Gewalt« und »Justizhoheit« sind eben nicht nur zwei Worte, sondern — jedenfalls seit Einführung der Staatsanwaltschaft — auch zwei voneinander wesentlich abweichende Begriffe, und demgemäß ist auch der Gegensatz von Organen der richterlichen und der vollziehenden Gewalt etwas anderes als der Gegensatz von Justiz- und Verwaltungsbehörden.

Für die Auslegung des BelagZG. folgt daraus: Obwohl die Staatsanwaltschaft eine Justizbehörde ist, ist sie dennoch



ein Organ der »vollziehenden Gewalt« im Sinne des § 4 I. Auf diese Weise erfahren die beiden an anderer Stelle ausgesprochenen Sätze, einerseits, daß die »richterliche Gewalt« im Sinne des BelagZG. grundsätzlich das umfasse, was wir heute unter Justiz verstehen (siehe S. 227), anderseits, daß die Justizverwaltung grundsätzlich nicht unter die »vollziehende«, sondern unter die »richterliche Gewalt« im Sinne dieses Gesetzes falle (siehe S. 235), in bezug auf die Justiz- und Justizverwaltungsfunktionen der Staatsanwaltschaft eine nicht unerhebliche Einschränkung. Demnach ist die Staatsanwaltschaft als Organ der »vollziehenden Gewalt« den dienstlichen Anordnungen des Militärbefehlshabers unterworfen. Allerdings spricht der letzte Satz von § 4 I nur von den »Zivilverwaltungsbehörden«, aber hierbei sind als Gegensatz nicht die Justizbehörden, sondern die Gerichtsbehörden gedacht, mit andern Worten: der Begriff »Zivilverwaltungsbehörden« des § 4 I BelagZG. erstreckt sich kraft ausdehnender Interpretation auch auf die Staatsanwaltschaft.

Die Richtigkeit dessen ergibt sich noch aus einer anderen Erwägung: Durch das Gesetz vom 17. VII. 46, betr. das Verfahren in den bei dem Kammergericht und dem Kriminalgericht zu Berlin zu führenden Untersuchungen vom 17. VII. 46, § 25 war für die staatsanwaltschaftlichen Geschäfte in leichteren Straffällen die Institution des »Polizeianwaltes« geschaffen worden[41]. Das waren Polizeibeamte, deren Ernennung und Beaufsichtigung Sache des Polizeipräsidenten war. Allerdings wurde wenige Jahre später, in der Verordnung über die Einführung des mündlichen und öffentlichen

[41]) Wortlaut des § 25: „Die Geschäfte des Staatsanwalts werden bei den Untersuchungen dieser Art (§ 24) von Polizeibeamten verwaltet, welche der Polizeipräsident kommissarisch hierzu ernennt, und über deren Amtsführung derselbe die Aufsicht zu führen hat. Ueber Beschwerden aber, die gegen diese Beamten wegen verweigerter Erhebung von Anklagen geführt werden, hat auch in diesen Fällen der Justizminister zu entscheiden. (§ 10.)

Im übrigen findet alles, was über die Pflichten und Befugnisse der Staatsanwalte, über deren Verhältnis zu den Gerichten, sowie über die Notwendigkeit ihrer Zuziehung bei der Verhandlung vor dem erkennenden Richter bestimmt ist, auch auf diese Polizeianwalte Anwendung."

§ 24, auf den in § 25 verwiesen ist, handelt von „denjenigen Verbrechen, welche in den Gesetzen mit Geldbuße bis zu 50 Talern, oder Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen, oder körperlicher Züchtigung, oder mit mehreren dieser Strafen zugleich bedroht sind".

Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen vom 3. I. 49, § 28 [42]), die Stellung dieser Polizeianwälte wesentlich in der Richtung zur Justiz hin geändert, aber es blieb doch immerhin so viel von der ursprünglichen Stellung (der Name »Polizeianwalt« und die Ernennung durch den Regierungspräsidenten) übrig, daß die Tätigkeit dieser Polizeianwälte wohl von vornherein zur »vollziehenden Gewalt« im Sinne des § 4 [I] BelagZG. zu rechnen war. Anderseits wird es den Absichten des BelagZG. schwerlich entsprochen haben, den Staatsanwalt anders zu behandeln als den Polizeianwalt.

Zum Schluß möchte ich als das über den konkreten Zweck der Auslegung des BelagZG. hinausreichende Ergebnis der vorstehenden Untersuchungen folgendes feststellen: Die Terminologie der Gewaltentrennungslehre mit ihrer Gegenüberstellung von »richterlicher« und »vollziehender Gewalt« ist durch die Einführung der Staatsanwaltschaft unzweckmäßig geworden, denn nach dieser Terminologie müssen die Funktionen der Staatsanwaltschaft insgesamt zur »vollziehenden Gewalt« gerechnet werden, während doch mit diesem Worte die Vorstellung von Funktionen der Verwaltungsorgane verbunden ist. Es widerspricht aber dem elementaren juristischen Sprachgefühl, Funktionen der Staatsanwaltschaft, wie z. B. ihre Mitwirkung im Strafverfahren, als Tätigkeit einer Verwaltungsbehörde zu bezeichnen. Die Folge davon ist, daß man von dem neueren Begriff der richterlichen Gewalt zu dem älteren der Justizhoheit zurückgekehrt ist und mit dem Gegensatz von Justiz und Verwaltung, Justizbehörden und Verwaltungsbehörden operiert das Wort »Justiz« allerdings zunächst nicht in dem heutigen, engeren Sinn, sondern in der älteren allumfassenden Bedeu-

[42]) Wortlaut des § 28: „Die Geschäfte des Staatsanwalts werden bei den Untersuchungen dieser Art von Beamten verwaltet, welche der Regierungspräsident nach Anhörung des Oberstaatsanwalts kommissarisch hierzu ernennt, und über deren Amtsführung der Oberstaatsanwalt die Aufsicht zu führen hat. Ueber Beschwerden, welche gegen diese Beamten wegen verweigerter Erhebung von Anklagen geführt werden, hat der Oberstaatsanwalt zu entscheiden.

Im übrigen findet alles, was über die Pflichten und Befugnisse der Staatsanwalte, über deren Verhältnis zu den Gerichten, sowie über die Notwendigkeit ihrer Zuziehung bei der Verhandlung vor dem erkennenden Richter bestimmt ist, auch auf diese Polizeianwalte Anwendung."



tung von »Gesamtheit der justizhoheitlichen Funktionen« verstanden. Anderseits aber war es ein ganz natürlicher Prozeß, daß im Laufe der Zeit in diesem Gegensatz von Justiz und Verwaltung eine Grenzverschiebung eintrat, indem aus der Gesamtheit der justizhoheitlichen Funktionen all das, was nicht unmittelbar Rechtspflege, sondern Verwaltung war, ausschied und unter dem Namen »Justizverwaltung« zur Verwaltung hinüberwanderte. — So hat die Einführung der Staatsanwaltschaft die Funktion des Gärstoffes in dieser deutschrechtlichen Entwicklung gehabt, die mit dem Ausscheiden der Justizverwaltung aus der Justiz ihren Abschluß findet. Es ist mehr als ein bloßer Zufall, daß wenige Jahre nach Einführung der Staatsanwaltschaft in Deutschland die Abhandlung von E. Herrmann den Stein ins Rollen bringt, durch den energischen Hinweis darauf, daß die Staatsanwaltschaft »einen besonderen Zweig des Justizdienstes« [43]) bildet, also nicht Verwaltungs- sondern Justizbehörde ist.

[43]) Herrmann 313.

Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat.

Von

Rudolf Smend,

Professor an der Universität Bonn a. Rh.



Gegenüber den älteren Bundesstaaten, der amerikanischen Union und der schweizerischen Eidgenossenschaft, ist das Deutsche Reich insofern in einem gewissen Nachteil, als es keine volkstümliche Verfassungsurkunde besitzt. An der beinahe abergläubischen Verehrung der Unionsverfassung mag viel »cant« beteiligt sein; aber wenn J. Bryce von ihr sagt, daß wahrscheinlich auf keine Schrift der Welt außer dem Neuen Testament, dem Koran, dem Pentateuch und den Justinianischen Digesten soviel Geist und Mühe verwendet sei, wie auf die Erklärung des Textes der Unionsverfassung, so verdient sie in eben dieser Reihe anderseits auch als Volksbuch ihren Platz, und zwar noch vor dem Corpus juris. Und dasselbe gilt in entsprechend bescheidenerem Maße von der Verfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft. In beiden Fällen spielt die Verfassungsurkunde diese Rolle nicht nur deshalb, weil Erziehung und politischer Stil der Demokratie von jeher auf die Bekanntschaft des einzelnen Mitglieds des souveränen Gesamtvolks mit dem Staatsgrundgesetz gehalten haben. Auch der innere, politisch-nationale Gehalt der beiden Urkunden rechtfertigt diese ihre Rolle. Wenn man die Schwelle überschreitet, über der die knappen, nüchtern-stolzen Worte der amerikanischen Präambel: »We the people of the United States« usw. oder die altehrwürdig-feierlichen der schweizerischen stehen: »Im Namen Gottes des Allmächtigen! ...« — dann fühlt man sich in der Tat auf amerikanischem, auf Schweizer Boden.

Ganz anders unsere Reichsverfassung. Sie ist ein außerordentlich nüchternes und wenig ansprechendes, schlecht gefaßtes und dem vollen Verständnis schwer zugängliches Gesetz. Der akademische Lehrer weiß am besten, ein wie geringer Bruchteil selbst innerhalb der Fachjuristen es zu einem befriedigenden Verhältnis mit unserem obersten Staatsgrundgesetz



zu bringen pflegt. Dem deutschen Volk wird seine eigene Reichsverfassung stets fremd und unverständlich bleiben; es wird in ihren Artikeln nie den einleuchtenden, volkstümlichen Ausdruck der Grundlagen seines nationalen Staatslebens finden, wie ihn Amerikaner und Schweizer in ihren eben darum so hochgehaltenen Verfassungstexten besitzen.

Die republikanischen Bundesstaatsverfassungen sind kraft zwingender Notwendigkeit volkstümliche Urkunden. Die Reichsverfassung ist kraft ebenso zwingender Notwendigkeit in erster Linie ein diplomatisches Aktenstück. Das beruht nur z. T. auf ihrer undemokratisch-diplomatischen Entstehung, z. T. auf dem fortdauernden Wesen des monarchischen Bundesstaats.

Es ist hier nicht der Ort, diese Dinge in ihrem ganzen Zusammenhang zu entwickeln. Hier soll aus diesem Zusammenhang nur eine einzelne, bisher nicht genügend beobachtete Erscheinung herausgehoben werden, die einerseits ein Stück der äußerlichen Eigentümlichkeit, des »diplomatischen« Stils der Reichsverfassung darstellt, zugleich aber eng mit dem innersten Wesen des monarchischen Bundesstaats zusammenhängt: eine Sache der Verfassungs*sprache*, der Verfassungs*technik* und der Verfassungs*grundlagen* im Reich. Es handelt sich dabei um Verfassungsrecht, das entweder gar nicht oder in eigentümlich mißverständlicher Form geschrieben ist und deshalb bei der Darstellung des Reichsstaatsrechts — trotz großer praktischer Bedeutung — nur zu leicht völlig übersehen wird. Und inhaltlich liegt es auf *dem* Gebiet des Reichsverfassungsrechts, auf dem der monarchische Bundesstaat sich am grundsätzlichsten vom republikanischen unterscheidet, nämlich auf dem der Beziehungen zwischen Reich und Einzelstaaten.

1. Einige besonders klare Fälle unserer Erscheinung liegen zunächst im Bereich der *Rechte* der Einzelstaaten gegenüber dem Reich.

Dahin gehört z. B. der Bundesratsausschuß für die auswärtigen Angelegenheiten.

Im Frühjahr 1913 fragte in der Zweiten Kammer der württembergischen Stände beim Etat ein Abgeordneter nach der



Beteiligung Württembergs an diesem Ausschuß und nach dessen Tätigkeit in den letzten beiden Jahren überhaupt. Der Ministerpräsident und Minister des Auswärtigen v. Weizsäcker machte darauf einige Angaben über den Ausschuß, die allerdings nichts enthielten, was der Oeffentlichkeit nicht schon bekannt gewesen wäre. Er sei in den ersten fünfunddreißig Jahren seines Bestehens viermal, seit 1908 infolge einer Art von Reaktivierung regelmäßig im Herbst, 1912 außerdem auch im Frühjahr zusammengetreten. Es würden dabei vom Reichskanzler und vom Staatssekretär des Auswärtigen Amts Mitteilungen über die Grundzüge der auswärtigen Politik des Reichs, über die augenblickliche Lage und über die Absichten der Reichsleitung für die nächste Zukunft gemacht, und die Mitglieder hätten Gelegenheit, sich dazu zu äußern, es finde also eine Debatte statt. Außerdem würden den im Ausschuß vertretenen Einzelstaaten wichtige Aktenstücke und Memoranden des Auswärtigen Amts mitgeteilt, der württembergischen Regierung durch Vermittlung des preußischen Gesandten[1]).

Man versteht, daß der Fragesteller von dieser Auskunft nicht sehr befriedigt war und — ganz im Sinne der auch im Reichstag seit Windthorst oft gehörten Klagen — feststellte, »daß eine volle Beruhigung darüber, ob dieses Kontrollorgan diejenige Funktion ausübt, die ihm verfassungsmäßig zugeschrieben ist, auch jetzt noch nicht besteht.« ... »Es soll nicht zu einer bloßen Dekoration herabsinken, es soll nicht bloß zu bloßen Monologen und zur Entgegennahme von Memoranden dienen.« ...

Dabei war ihm aber eine letzte Bemerkung des Ministers entgangen. Dieser hatte mit den Worten geschlossen: »ich möchte weiter darauf hinweisen, w a s i m G r u n d e d a s w i c h t i g s t e i s t, daß die persönlichen Beziehungen zwischen der Reichsleitung und den leitenden Ministern in den Einzelstaaten die beste Garantie dafür geben, daß auch wirklich eine Kenntnis des Gangs der Dinge der auswärtigen Politik an die Einzelstaaten gelangt, und sie so in der Lage sind, für ihren Teil diejenige Stellung einzunehmen, die in diesen so außerordentlich ernsten Angelegenheiten Deutschlands erforderlich ist.« Und als Entgegnung auf die Antwort des Abge-

[1]) Verhandlungen der Württembergischen Zweiten Kammer, 39. Landtag, 1913. Protokollband 95, S. 671 f. (29. April 1913).



ordneten fügte er noch hinzu, der Reichskanzler habe Anfang März 1913 die leitenden Minister der Einzelstaaten nach Berlin berufen zur Rücksprache über Heeres- und Deckungsvorlage und im Zusammenhang damit über die auswärtige Lage. Damals sei der Ausschuß nicht zusammengetreten, »weil gewiß auch nach den von den Mitgliedern des Ausschusses geteilten Empfindungen es gegenüber den in dem Ausschuß nicht vertretenen Bundesmitgliedern erhebliche Bedenken gehabt hätte, in dem vorliegenden Fall nur in einem engeren Gremium die betreffenden Mitteilungen zu machen«.

Der staatsrechtliche Gedanke des württembergischen Staatsmannes ist also etwa folgender. Die Bestimmung der Reichsverfassung, die den auswärtigen Ausschuß anordnet, ist ihrem Sinne nach nicht verletzt durch die unbedeutende Rolle, die der Ausschuß bisher gespielt hat. Dem Willen der Reichsverfassung wird genügt durch die beständige Fühlung, die zwischen der Reichsleitung und den Regierungen der Einzelstaaten in auswärtigen Angelegenheiten auch abgesehen von den Tagungen des Ausschusses besteht. Ja, in gewissen Fällen wird gerade die Ausschaltung des Ausschusses im Interesse der Fühlungnahme mit allen Einzelstaaten dem Willen der Reichsverfassung am meisten entsprechen, so daß den im Ausschuß vertretenen Staaten selbst der Verzicht auf ihre vorzugsweise Berücksichtigung bei Mitteilungen über die auswärtige Lage geboten erscheint.

Art. 8 Abs. 3 der Reichsverfassung: »Außerdem wird im Bundesrate . . . ein Ausschuß für die auswärtigen Angelegenheiten gebildet . . .« ist demnach ein Rechtssatz, der nur scheinbar eine organisatorische Einrichtung schafft, in der Hauptsache aber ein funktionelles Verhältnis zwischen Reich und Einzelstaaten herstellen will, und zwar das der pflichtmäßigen regelmäßigen Fühlungnahme zwischen Reichsleitung und Einzelstaatsregierungen in auswärtigen Angelegenheiten. Selbstzweck ist diese Bestimmung nur, sofern in ihr der Rangvorzug einiger Bundesstaaten zum Ausdruck kommt [2]), und sofern sie zugleich einen der möglichen Wege

[2]) Insbesondere Bayerns, das 1870 geradezu die Gleichberechtigung mit dem Bundespräsidium in auswärtigen Angelegenheiten angestrebt hatte (BRANDENBURG, Briefe und Aktenstücke zur Geschichte der Gründung des Deutschen Reiches, II 18). Von der Bedeutung des Ausschusses als gelegent-



zur Durchführung des unausgesprochen in ihr versteckten funktionellen Grundsatzes vorzeichnet. Dieser Grundsatz selbst aber ist die Hauptsache, und daher ist die Vorschrift des Art. 8 Abs. 3 auch dann erfüllt, wenn die angestrebte Fühlung auf anderen Wegen hergestellt wird. Bismarcks klassische Briefe an Ludwig II., die Mitteilung besonders wichtiger Aktenstücke und der Ergebnisse der auswärtigen Politik an alle Einzelstaaten [3]), Versammlungen der leitenden Minister, wie die vom März 1913, endlich die seit Kriegsausbruch täglich stattfindende Versammlung der diplomatischen Vertreter der Einzelstaaten im Auswärtigen Amt zur Entgegennahme von Mitteilungen über die neuesten politischen und kriegerischen Vorgänge zwecks Berichterstattung an ihre Regierungen — diese und andere Verständigungsformen in außerpolitischen Dingen beruhen nicht lediglich auf bundesfreundlichem Verhalten der Reichsleitung, sondern stellen ein verfassungsrechtlich gefordertes Verhältnis her. Die rechtliche Notwendigkeit dieses Verhältnisses von Reich und Einzelstaaten beruht aber auf Art. 8 Abs. 3 der Verfassung, einer Bestimmung, deren Eigentümlichkeit also darin liegt, daß ihr eigentlicher funktioneller Sinn, die Notwendigkeit der Herstellung des Einvernehmens bezüglich der auswärtigen Politik zwischen der Reichsleitung und den Regierungen der Einzelstaaten, unter Umständen ihrer buchstäblichen Anwendung, der Versammlung des auswärtigen Ausschusses selbst, vorgeht und diese Versammlung geradezu ausschließt, wie im März 1913.

Die Gründe für diese Spannung zwischen Form und Inhalt des in Frage stehenden Rechtssatzes liegen auf der Hand. Das von ihm angestrebte Verhältnis war schon im Norddeutschen Bund eine politische Notwendigkeit und wurde es vollends nach dem Eintritt der süddeutschen Staaten, zumal Bayerns. Jetzt suchte man auch einen verfassungsrechtlichen Ausdruck dafür zu finden — eine genaue Formulierung wäre naturgemäß unmöglich oder jedenfalls für die Reichsleitung

liche Verstärkung der Stellung der Reichsleitung gegenüber dem Auslande oder dem Reichstage kann hier abgesehen werden. Vgl. BERGSTRÄSSER, Geschichte der Reichsverfassung, S. 108.

[3]) Fürst Bismarck im Reichstage 4. Dez. 1874, Stenogr. Ber. II. Leg.-Per. 2. Sess. I 484, vgl. auch v. ROELL u. EPSTEIN, Bismarcks Staatsrecht, S. 125 ff.



unerträglich gewesen. So blieb die eigentümliche Umschreibung durch die Einführung des auswärtigen Ausschusses, die aber nicht darüber täuschen darf, daß heute alle Verständigung der Bundesglieder von Reichs wegen in Sachen der auswärtigen Politik wenigstens grundsätzlich in Erfüllung einer verfassungsrechtlichen Pflicht des Reichs gegenüber den Einzelstaaten stattfindet, mag das Reich dabei den verfassungsmäßig vorgesehenen Weg durch den auswärtigen Ausschuß oder andere nach Lage der Dinge geeignetere einschlagen.

Analog liegen die Fälle verfassungsmäßig oder gesetzlich vorgesehener Mitwirkung des Bundesrats bei der Ernennung von Reichsbeamten. Allerdings liegt hier schon auf der organisatorischen Norm an sich größeres Gewicht als im Falle des auswärtigen Ausschusses: in der Beteiligung des Bundesrats soll ein gewisses Mitregiment der Einzelstaaten im Reich zum Ausdruck kommen. Aber alle diese Bestimmungen wollen natürlich noch mehr als die nur formelle Mitwirkung des Bundesrats. Die Einzelregierungen sollen dadurch auch sachlichen Einfluß auf diese Ernennungen, d. h. auf die Auswahl der zu Ernennenden erhalten, und zwar im Interesse der Einzelstaaten und deren angemessener, verhältnismäßiger Beteiligung an der Rekrutierung der Reichsbeamtenschaft. So ist in diesen Fällen z. T. eine feste Verteilungsnorm der zu besetzenden Stellen auf die Einzelstaaten entstanden, und die Einhaltung dieses Verteilungsverhältnisses wird von den Nächstbeteiligten als rechtliche Notwendigkeit betrachtet. Auch in anderen Fällen werden die Bundesstaaten und ihre Wünsche bei der Besetzung von Reichsbeamtenstellen berücksichtigt — dann handelt es sich aber um bloßes bundesfreundliches Verhalten der obersten Reichsstellen, höchstens um Befolgung einer Konventionalregel. Hier dagegen würde — etwa bei der Besetzung der Stellen am Reichsgericht — die Zurücksetzung eines einzelnen Bundesstaats durch die formell dazu berechtigte Bundesratsmehrheit ohne Frage als Unrecht empfunden werden. Hinter dem organisatorischen, formellen Rechtssatz etwa des § 127 GVG. steht also der materielle, der den Einzelstaaten Anspruch auf verhältnismäßige Beteiligung an diesem Teil des Reichsdienstes gibt, nur daß der Reichsgesetzgeber aus guten Gründen weder einen so heiklen und



dehnbaren Grundsatz selbst noch gar seine noch schwierigere Einzeldurchführung hat ausdrücklich festlegen wollen.

An der äußersten Grenze dieser Fälle liegt die Frage nach den Rechten der Einzelstaaten zum Schutz gegen Ueberstimmung im Bundesrat. Die — in § 26 der Geschäftsordnung freilich nur für die mündlichen Verhandlungen des Bundesrats und seiner Ausschüsse angeordnete — grundsätzliche Geheimhaltung der Vorgänge in der Sphäre des Bundesrats liegt zunächst im Interesse der einzelnen Bundesstaaten ebensosehr wie in dem ihrer Gesamtheit. Unter Umständen kann aber eine Regierung, die im Bundesrat in der Minderheit ist, ein Interesse an der Möglichkeit einer „Flucht in die Oeffentlichkeit" haben. In einem Falle gewährt ihr die Reichsverfassung dies Recht ausdrücklich, wenn nämlich die Angelegenheit im Reichstag zur Sprache kommt, also vor allem dann, wenn der Gegenstand des Beschlusses eine Bundesratsvorlage an den Reichstag war: dann kann sie durch ihre Bevollmächtigten ihre „Ansichten" im Reichstag geltend machen, „auch dann, wenn dieselben von der Majorität des Bundesrates nicht adoptiert worden sind" (Art. 9). Einen zweiten Weg hat Bismarck selbst nach seiner Entlassung oft empfohlen, nämlich den der Verantwortlichkeit vor den Einzellandtagen — natürlich nicht im Interesse der konstitutionellen Schwächung der einzelstaatlichen Regierungen gegenüber ihren Landtagen, sondern im Interesse ihrer föderativen Stärkung gegenüber den Reichsorganen, vor allem dem Bundesrat. Aber wenn das erste Mittel in der Regel nur gegenüber Bundesratsvorlagen an den Reichstag anwendbar ist und auch da erst in einem verhältnismäßig späten Zeitpunkt, so ist das zweite für diesen Zweck regelmäßig viel zu schwerfällig. So bleibt die Frage, ob es dem verfassungsmäßigen Verhältnis der Einzelstaatsregierungen zum Reich und insbesondere zum Bundesrat entspricht oder nicht, wenn sie schon vor dem Beschluß des Bundesrats über eine Vorlage an den Reichstag oder vollends über eine Angelegenheit, die nicht in die Zuständigkeit des Reichstags fällt und in der daher die durch Art. 9 eröffnete Möglichkeit nicht besteht, durch anderweitigen Appell an die Oeffentlichkeit[4]) das Gewicht ihrer Stimme gegenüber drohender Ueberstimmung im Bundesrat verstärken darf. Bismarck hat nach seiner Entlassung auch diese Frage bejaht[5]), und die Praxis, zumal der sächsischen Regierung, hat diese Freiheit in Anspruch genommen. Diese Praxis kann sich nur stützen auf einen allgemeineren Grundsatz, von dem die Bestimmung des Art. 9 nur ein einzelner Anwendungsfall ist — ein Anwendungsfall, der wieder in die organisatorische Anordnung eingekleidet ist, daß die einzelnen Bundesratsmitglieder auch dem Reichstage gegenüber Organe ihres Heimatstaats bleiben. Nur ist in diesem Falle der allgemeine Grundsatz nicht bewußt in eine engere und andersartige Anordnung verkleidet,

[4]) Etwa durch halbamtliche Mitteilung ihres Standpunkts an die Presse, oder durch spontane Aeußerungen im einzelstaatlichen Landtag.

[5]) v. Roëll-Epstein S. 271 f. Hermann Hoffmann, Fürst Bismarck 1890—1898, II 212 f., III 20 f., 28 f.



sondern es ist mit der Bestimmung des Art. 9 zunächst nichts anderes als ihr wörtlicher Sinn gewollt gewesen[6]).

2. Weniger leicht faßbar, aber im ganzen von größerer Bedeutung ist dieselbe Erscheinung auf dem Gebiet der reichsverfassungsmäßigen Pflichten und Beschränkungen der Einzelstaaten. Dabei soll hier vorerst abgesehen werden von dem nächstliegenden Fall von Zuständigkeitsbegründungen zugunsten des Reichs, die äußerlich in der Form von Zuständigkeitsverteilungen innerhalb der Reichsorgane auftreten [7]).

Ein wichtiges Beispiel hierfür ist die sogenannte »allgemeine« Reichsaufsicht. Die Verfassung nennt die dafür zuständigen Reichsorgane (Art. 17, 7 Ziff. 3, 19), bezeichnet aber den Gegenstand der Aufsicht (der zudem in Art. 17 und 7 nicht ganz derselbe ist) nur ganz allgemein als die »Ausführung der Reichsgesetze«, ohne näher anzugeben, was nun eigentlich beaufsichtigt wird, die gesamte Staatstätigkeit der Einzelstaaten in Ausführung der Reichsgesetze oder nur ein Ausschnitt daraus. Diese Frage der gegenständlichen Abgrenzung der Reichsaufsicht wird bei deren einschneidendstem Akt, dem Mängelbeschluß des Bundesrats nach Art. 7 Ziff. 3, allerdings praktisch wohl keine allzu große Rolle spielen. Denn der Bundesrat macht offenbar überhaupt nicht oft von dieser seiner Zuständigkeit Gebrauch [8]), und wenn es geschieht,

---

[6]) R. v. KEUDELL, Fürst und Fürstin Bismarck, S. 337 (Diktat vom 19. November 1866).

[7]) Vor allem in Art. 11, auch Art. 18: TRIEPEL in den Staatsrechtlichen Abhandlungen (Festgabe für PAUL LABAND) II 286 f. — Dagegen geht z. B. HAENEL zu weit in dieser Richtung, wenn er das sachliche Verbot von Eigenmacht und Selbsthilfe unter den Bundesstaaten lediglich aus der formellen Zuständigkeitsbegründung des betreffenden Reichsorgans zur „Erledigung" solcher Streitigkeiten auf Anrufen eines Teils (Art. 76 Abs. 1) herleiten will (Staatsrecht I 577 unten). Diese grundlegenden materiellen Normen brauchen allerdings nicht auf diesem Umwege aus bloßen Verfahrensvorschriften erschlossen zu werden, obwohl sie nicht in der Reichsverfassung stehen; s. unten S. 258 Anm. 15ª und S. 261 Anm. 20.

[8]) Vgl. THOMA, Verhandlungen des 30. Deutschen Juristentages I 67 Anm. 30, und die dort angezogenen der Oeffentlichkeit bekannt gewordenen Einzelfälle.



dann mehr in den Formen diplomatischer Verständigung [9]) als auf Grund scharf begrenzter und rücksichtslos geltend gemachter rechtlicher Zuständigkeit. Aber an einer anderen Stelle spielt die zweifelsfreie Abgrenzung der Aufsichtssphäre eine praktische Rolle, nämlich bei dem Aufsichtsrecht des Kaisers (Art. 17), für dessen Ausübung der Reichskanzler dem Reichstag verantwortlich ist. Hier müssen auch die Grenzen der Aufsicht und damit des Rechts des Reichstags auf verantwortliche Vertretung ihrer Ausübung unbestritten feststehen, und eine solche Abgrenzung hat daher auch in der Praxis in dem Sinne stattgefunden, daß Gegenstand der Aufsicht nur die grundsätzlichen Anordnungen der einzelstaatlichen Zentralbehörden sind, daß daher auch nur solche unter dem Gesichtspunkt der Reichsaufsicht zum Gegenstand der Ministerverantwortlichkeit des Reichskanzlers gemacht werden können [10]). Es kann hier dahingestellt bleiben, ob diese Abgrenzung sich aus dem Zusammenhang der Reichsverfassung von selbst mit Notwendigkeit ergibt oder ob sie erst auf späterem Gewohnheitsrecht beruht oder noch nicht einmal als solches anzuerkennen ist: jedenfalls besteht das Bedürfnis dieser sachlichen Abgrenzung, die aus den organisatorischen Bestimmungen der Reichsverfassung über die Reichsaufsicht mindestens nicht ohne weiteres herauszulesen ist, mit ihnen aber offenbar doch wenigstens mittelbar gegeben sein soll. Es ist bezeichnend für die irreführende Wirkung dieser Behandlung der Sache in der Reichsverfassung, daß diese Abgrenzung in den Darstellungen des Reichsstaatsrechts nicht erwähnt, ja daß nicht einmal das Bedürfnis nach ihr empfunden wird [11]).

[9]) Das „bundesfreundliche Avertissement" SEYDELS (Staatsrechtliche Abhandlungen II 108). Vgl. seine Erörterung Kommentar² 62: „... es gibt nicht dem Reiche gegenüber „ungehorsame Regierungen der Einzelstaaten". Denn es handelt sich um kein Unterwürfigkeits-, sondern um ein Vertragsverhältnis. Die Ergebnisse der Reichsaufsicht bilden lediglich den Gegenstand diplomatischer Erörterung zwischen Reich und Staaten, wobei allerdings Artikel 19 der Anschauung des Reichs ein Uebergewicht sichert." Staatsrechtlich kann das Verhältnis nicht unrichtiger, tatsächlich-politisch nicht zutreffender geschildert werden.

[10]) Vgl. z. B. die Aeußerungen der Regierungsvertreter vom 4. März 1913 (Sten. Ber. Bd. 288 S. 4230 B), 27. Mai 1913 (Bd. 290 S. 5247 C), 4. Februar 1914 (Bd. 292 S. 6998 C), 12. Februar 1914 (Bd. 293 S. 7254 D).

[11]) Von einigen Schriftstellern ist wenigstens richtig erkannt, daß die Reichsaufsicht sich nur gegen die obersten Organe des Einzelstaats richtet.



In diesen Zusammenhang gehören ferner die Pflichten der Einzelstaaten gegenüber dem Reich in bezug auf ihre eigene Verfassung. Solche Pflichten bestehen, auch wenn in der Reichsverfassung jede Analogie zu den Bestimmungen der republikanischen Bundesverfassungen fehlt, in denen diese ihren Einzelstaaten grundlegende Vorschriften für deren Staatsform machen. Dort ist es regelmäßig das Vorbild des Gesamtstaats, an das die Einzelstaaten in gewissen obersten Richtlinien bezüglich ihrer Auffassung gebunden werden: Wahrung der republikanischen Staatsform, Zulassung der Volksinitiative usw. Ganz anderer Art sind die entsprechenden Bindungen im Reich.

In erster Linie steht hier die Pflicht Preußens, dem Reich in seinem König jederzeit den Kaiser zu stellen, d. h. also seine monarchische Verfassung beizubehalten. Die Reichsverfassung brauchte davon nicht zu sprechen, sie konnte dem politischen Selbsterhaltungstrieb Preußens das Festhalten der Verbindung des Kaisertums mit dem Träger der preußischen Krone überlassen. Deshalb besteht eine solche Bindung Preußens doch auch zu Recht: die monarchische Spitze des preußischen Staats ist eine Voraussetzung des Kaisertums und damit des Bestandes der Reichsverfassung, und es gehört zu den Mitgliedspflichten Preußens im Reichsverband, diese Voraussetzung seines Bestandes nicht in Frage zu stellen. Preußen ist reichsrechtlich gehindert, seine monarchische Staatsform aufzugeben [12].

HAENEL, Staatsrecht I 306, 312, 321 f., 798, KIEFER, Das Aufsichtsrecht des Reichs über die Einzelstaaten S. 57, ANSCHÜTZ in HOLTZENDORFF-KOHLERS Enzyklopädie der Rechtswissenschaft [7] IV 73. Daraus könnte die von der Praxis befolgte sachliche Begrenzung vielleicht gefolgert werden: die eigenste Tätigkeit der obersten Organe ist eben der Erlaß grundsätzlicher Anordnungen. Aber diese Folgerung wird nirgendwo gezogen, und ANSCHÜTZ bezeichnet in demselben Zusammenhang als Gegenstand der Reichsaufsicht gerade ausdrücklich „die gesamte einzelstaatliche Tätigkeit in den Angelegenheiten des Art. 4, auch die gesetzgeberische, desgleichen die richterliche ... vor allem aber die ausführende, verwaltende" (S. 72). Der Wahrheit kommt am nächsten THOMA a. a. O. S. 69: „In aller Regel dürfte die Anregung zu Entscheidungen des Bundesrats gemäß Art. 7 Ziff. 3 nicht von einzelnen Beschwerdeführern, sondern von den Reichsämtern und Reichskommissionen ausgehen und sich nicht auf Einzelfälle, sondern auf dauernde Zustände oder Einrichtungen beziehen."

[12]) HAENEL I 351, v. JAGEMANN, Die deutsche Reichsverfassung S. 103.



Von anderen unausgesprochenen Pflichten Preußens, wie sie sich aus dem Zusammenhang von Reichskanzler, Bundesrat und preußischem Staatsministerium ergeben [13]), kann hier ebenso abgesehen werden, wie von den Folgen, die sich aus einer etwaigen zukünftigen Vorherrschaft des Parlaments im Reich wie in Preußen für die Gestaltung des Wahlrechts zum preußischen Abgeordnetenhause ergeben würden.

Preußen ist aber nicht der einzige deutsche Staat, der dem Reich auch ohne ausdrückliche grundgesetzliche Anordnung bezüglich seiner Verfassung verpflichtet ist [14]). Auf den ganzen Bereich ihrer Verfassungen und ihrer Tätigkeit bezieht sich ein Pflichtenkreis der Einzelstaaten, von dem die Reichsverfassung nicht spricht, der aber in der braunschweigischen Frage vom Reich geltend gemacht und von dem beteiligten Einzelstaat anerkannt ist. Es ist sehr bezeichnend, daß die staatsrechtliche Literatur bei Erörterung der Braunschweiger Angelegenheit regelmäßig zunächst die Frage nach der Zuständigkeit des Bundesrats und ebenso regelmäßig nicht die andere nach dem Rechtssatz zu stellen pflegt, der in so einschneidender Weise einen deutschen Einzelstaat zwang, auf seinen rechtmäßigen Herrscher zu verzichten; obwohl diese Frage als die materiellrechtliche die Vorfrage für jene andere nach dem zuständigen Reichsorgan ist. Weil die Reichsverfassung mit gutem Grunde, wo es ihr irgend möglich ist, nicht von Pflichten der Einzelstaaten, sondern nur von Zuständigkeiten der Reichsorgane spricht, so ist ihr die Theorie des Reichsstaatsrechts mit sehr viel geringerem Recht darin gefolgt, in ihrer Systematisierung überhaupt wie im einzelnen gerade bei der Erörterung der braunschweigischen Frage. Dabei handelte es sich hier sachlich um Erfüllung einer durch das Reichsrecht begründeten Pflicht, und formell um ein Verfahren zur Feststellung dieser Pflicht, d. h. um eine Reichsaufsichtsangelegenheit [15]). Die hier in Frage stehenden Pflichten lassen sich, jedenfalls wenn man nur die Reichsverfassung

[13]) Vgl. z. B. Haenel, Organisatorische Entwicklung der deutschen Reichsverfassung S. 28.

[14]) Ueber Fälle ausdrücklicher reichsgesetzlicher Vorschriften für die Ausgestaltung bestimmter Einrichtungen des einzelstaatlichen Verfassungsrechts vgl. Laband I[5] 107 Anm. 1.

[15]) Vgl. unten S. 261 Anm. 20.

zugrunde legt, kaum anders als aus der Zuständigkeit des Reichs zur Friedensbewahrung erschließen [15a]).

3. Mit diesen einzelnen Fällen aus dem Gebiet der Rechte der Einzelstaaten gegenüber dem Reich einerseits und ihrer Pflichten und Unterwerfung gegenüber dem Reich anderseits sind nur die hauptsächlichsten Richtungen bezeichnet, in denen die in Frage stehende Erscheinung zu beobachten ist. Ihr sachlicher Bereich ist damit nicht erschöpft — Vollständigkeit in dieser Hinsicht wäre auch nur auf dem Wege höchst verwickelter Einzeluntersuchung zu erreichen, für die hier nicht der Ort ist.

Das Problem hat aber seinen Sitz nicht allein in der Reichsverfassung und in den Besonderheiten ihrer Gesetzestechnik. Es besteht darüber hinaus auch in der Praxis des

---

[15a]) HAENEL I 351 führt aus, daß nur Preußen bezüglich seiner Verfassungsform durch die Reichsverfassung gebunden sei. „Im übrigen ist die Aufrechterhaltung und Fortbildung der partikularen Verfassungen innere Angelegenheit der Einzelstaaten, unbeschadet selbstverständlich der Befugnisse des Reiches, die ihm aus den anderweitigen Kompetenzen der Friedensbewahrung und der Schlichtung von Verfassungsstreitigkeiten entstehen können.“ Aber diesen „Befugnissen“ muß eine Unterwerfung und Verpflichtung der Einzelstaaten gegenüberstehen, und deshalb gehört die Verpflichtung Braunschweigs noch enger mit der bezeichneten Preußens zusammen, als die HAENELsche Zusammenstellung erkennen läßt. — Vgl. die nur andeutende Bemerkung bei LABAND I 107 Anm. 1.

Die Auffassung der Bundesratsbeschlüsse in der braunschweigischen Sache als Aufsichtsakte habe ich in der Deutschen Juristen-Zeitung 1913 S. 1347 zu begründen gesucht. Der braunschweigische Antrag vom 10. Januar 1907 erkennt an, „daß das Herzogtum .... als Glied des Deutschen Reichs auch die aus dieser Zugehörigkeit zum Deutschen Reiche erwachsenden Pflichten dem Deutschen Reiche selbst und den übrigen Bundesstaaten gegenüber zu erfüllen habe. Von dieser Auffassung ausgehend haben sich die maßgebenden Organe des Herzogtums ... den Bundesratsbeschluß vom 2. Juli 1885 zur Richtschnur dienen lassen. Der neuen Sachlage gegenüber .... versagt dieser Bundesratsbeschluß. Eine neue Richtschnur an die Stelle zu setzen, liegt außerhalb der Grenzen der Zuständigkeit des Einzelstaates. Braunschweig aber bedarf derselben“. (Jahrbuch des öffentlichen Rechts I 355 f.) Es handelt sich also nicht um die Entscheidung in einem Streit zwischen Preußen (das 1906/07 auch gar nicht als Partei mit Anträgen an den Bundesrat herangetreten ist) und dem mit Preußen „im Kriegszustand befindlichen“ Herzog von Cumberland oder dessen Land, sondern um die Feststellung einer Pflicht Braunschweigs gegen das Reich. — Aehnlich KIEFER S. 40 ff.



Reichsstaatsrechts, in gewissen Eigentümlichkeiten der Beziehungen zwischen Reich und Einzelstaaten, die man als den föderativen Sprachgebrauch oder noch besser als den föderativen Stil unseres gesamtstaatlichen Verfassungslebens bezeichnen könnte. Es handelt sich, kurz gesagt, um den herrschenden Sprachgebrauch der Reichsleitung und der einzelstaatlichen Regierungen, wonach das Reich durch Vertrag entstanden ist und als vertragsmäßiges Verhältnis mit entsprechenden Bundespflichten der Mitglieder, also als Staatenbund, nicht als Bundesstaat, auch weiterhin besteht — und es handelt sich vor allem um die politischen Wirklichkeiten, die hinter diesem Sprachgebrauch stehen.

Auf diesen föderativen Sprachgebrauch hat der kleine Kreis der SEYDELschen Schule die staatsrechtliche Theorie von dem staatenbündischen Charakter des Reichs begründet — zu Unrecht, und ohne damit viel Anhänger zu finden. Die große Mehrheit der staatsrechtlichen Schriftsteller ist an diesem Sprachgebrauch um so geringschätziger vorübergegangen, ohne ihn eines Blickes oder einer mehr als beiläufigen Bemerkung über seine juristische Unhaltbarkeit zu würdigen. Erst neuerdings hat TRIEPEL darauf aufmerksam gemacht, daß jedenfalls für die politische Betrachtung diese föderative Sprechweise von den »vertragsmäßigen Grundlagen der Reichsverfassung« doch eine sehr beachtenswerte Tatsache ist. Auch er hat sie allerdings als juristische Lehre für unhaltbar erklärt. »Die »föderative Grundlage« ist nichts anderes als die geschichtliche Tatsache, daß die Verfassung mit dem Willen aller Einzelstaaten ins Leben gerufen worden ist.« Diese Tatsache sei aber von größter nachwirkender politischer Bedeutung, denn auf sie »führen die Gliedstaaten ihre Treue gegen das Reich zurück« [16]).

Bismarck hat dieser »vertragsmäßigen Grundlage« eine weitergehende Bedeutung beigelegt. Um ein an die eingangs erwähnten Fälle anschließendes Beispiel herauszugreifen: er betrachtet sich in folgerichtiger Durchführung des staatenbündischen Gedankens als den Beamten der sämtlichen deutschen Einzelstaaten; er erklärt Hohenlohe, er könne gegen den König von Bayern zu nichts die Hand bieten, »was ich nicht auch für seines Dienstes halten könnte«, ist einverstanden

[16]) Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche, S. 29.



mit Hohenlohes Aeußerung dem König gegenüber, »daß Bismarck in seiner Eigenschaft als Reichskanzler sich als den Diener des Königs von Bayern ansehe und sich verpflichtet halte, dem Könige seine Huldigung darzubringen«, und hält dafür die Vermittlung des preußischen Gesandten für überflüssig [17]) — ein Gedanke, der heute noch in den Antrittsbesuchen einer Reihe oberster Reichsbeamter an den wichtigeren deutschen Höfen anklingt. Nun war Bismarck über die staatsrechtliche Stellung der Reichsbeamten und des Reichskanzlers insbesondere von vornherein nicht im unklaren [18]); anderseits sind diese und viele ähnliche Aeußerungen aus demselben Zusammenhang auch ganz gewiß nicht als einfache bundesfreundliche Phrase zu verstehen. Es handelt sich vielmehr um genau dieselbe Erscheinung wie etwa beim Bundesratsausschuß für auswärtige Angelegenheiten: die Aussage von der organisatorischen Rechtsstellung des Kanzlers als gemeinsamen (staatenbündischen) Beamten der Bundesfürsten ist nur eine Verhüllung des eigentlich gemeinten funktionellen Verhältnisses: daß nämlich der Kanzler gehalten ist, seine Amtsführung so einzurichten, »als ob« seine Stellung nicht die des ersten Beamten eines den Einzelstaaten übergeordneten Gemeinwesens, sondern die eines von ihnen gemeinsam Beauftragten wäre. Und so ist der gesamte »föderative Sprachgebrauch« gemeint: nicht nur wird das Festhalten an den Rechtsverhältnissen der Reichsverfassung selbst erleichtert und sichergestellt durch die Erinnerung an die geschichtliche Tatsache ihrer Vereinbarung, sondern diese Vereinbarung gibt noch fortwirkend dem Reichsstaatsrecht einen über die ausdrücklichen Bestimmungen der Reichverfassungsurkunde hinausgreifenden Inhalt. Reich und Einzelstaaten stehen nicht nur in dem Verhältnis der Ueber- und Unterordnung, das die staatsrechtliche Auslegung aus der Reichsverfassung zunächst als ihren Hauptinhalt entnehmen muß, sondern zugleich in dem Verhältnis des Bundes zu den Verbündeten: d. h. jeder

[17]) Bismarck an Hohenlohe 18. Februar 1875, Denkwürdigkeiten des Fürsten Chlodwig zu Hohenlohe-Schillingsfürst II 148; Aufzeichnung H.'s vom 21. April 1873, das. S. 97.

[18]) Vgl. etwa die Auseinandersetzung über die staatsrechtliche Stellung der Marinebeamten im Brief an ROON vom 27. August 1869 (Denkwürdigkeiten aus dem Leben des Generalfeldmarschalls Kriegsministers Grafen von ROON [5] III 123).



der Verbündeten schuldet den anderen und dem Ganzen die Bundes-, die »Vertrags«-Treue und hat in diesem Sinne seine reichsverfassungsmäßigen Pflichten zu erfüllen und seine entsprechenden Rechte wahrzunehmen. Vor allen anderen ist das die Pflicht Preußens, als dessen Machtsteigerung der ganze Bereich des »Bundespräsidiums«, der kaiserlichen Exekutive, in diesen Zusammenhängen noch immer gewertet wird: auch abgesehen von allen formellen Vorschriften und Beschränkungen der Reichsverfassung soll die »Reichsleitung« im Bereich des Bundespräsidiums nicht im Geiste der formellen staatsrechtlichen Ueberordnung, sondern in dem der bundesfreundlichen »Vertragstreue« eines gleichgeordneten »Verbündeten« geführt werden. Was das Reich und die Einzelstaaten, d. h. was politisch angesehen vor allem Preußen und die übrigen Einzelstaaten einander schuldig sind, das ist nur zum Teil der Reichsverfassung zu entnehmen; wie neben den sonstigen Vorschriften über den Inhalt der einzelnen Schuldverhältnisse für den Geist ihrer Erfüllung der Grundsatz von Treu und Glauben rechtlich maßgebend ist, so für den Inhalt der Vorschriften der Reichsverfassung, soweit die Einzelstaaten irgendwie beteiligt sind, der Grundsatz der Vertragstreue und der bundesfreundlichen Gesinnung. Und zwar rechtlich maßgebend: im Leben der inneren Reichspolitik wird die Befolgung dieser Grundsätze nicht nur als politisch zweckmäßig oder nur als durch bundesstaatliche Sitte und Herkommen festgelegt betrachtet, sondern als die dauernde Rechtsgrundlage und Rechtsform des bundesstaatlichen Gesamtverhältnisses. Die »föderativen Grundlagen der Reichsverfassung« geben nicht nur den geschriebenen Sätzen der Reichsverfassung eine gewisse politische Farbe und Wirkungskraft [19]), sondern sie bedeuten ihre Bereicherung um wichtige ungeschriebene [20]). Die Mehrheit in der staatsrechtlichen Theorie hat dies Stück des Reichsstaatsrechts ebenso vernachlässigt, wie die kleine föderalistische Minderheit es übertrieben hat: erst mit seiner Anerkennung erhalten einige magere Abschnitte der Reichsverfassung ihr eigentliches

[19]) So etwa Triepel a. a. O.

[20]) Hier liegt auch die maßgebende Rechtsquelle für die Pflicht Braunschweigs zur Einleitung und Fortführung seiner Regentschaft. Vgl. oben S. 254 Anm. 7 und S. 257 Anm. 15.



Leben und tritt neben das System der Ueber- und Unterordnung im Reich das ebenfalls grundlegende der bundesmäßigen Gleichordnung aller Einzelstaaten, auch des hegemonisch verstärkten Preußen. Eine solche Betrachtung allein kann die politische Wirklichkeit im Reich mit den von der Theorie behaupteten Grundlagen des Reichsstaatsrechts in Einklang bringen.

4. An diesem Einklang fehlt es nicht nur im Verhältnis von reichsstaatsrechtlicher Theorie und Praxis, sondern auch innerhalb der Praxis selbst, zumal im Verhältnis von Bundesrat und Reichsleitung einer- und Reichstag anderseits. Mindestens e i n e Ursache dieses Zustandes liegt in den oben entwickelten Umständen.

Man kann das zunächst an einzelnen dieser Beziehungen verfolgen. Es wird sich hier regelmäßig darum handeln, daß Theorie und Parlament sich an die geschriebene Reichsverfassung halten und ihre ungeschriebene Ergänzung verkennen, während die verbündeten Regierungen diese letztere Seite eher zu überschätzen geneigt sein werden.

So im Fall des auswärtigen Ausschusses. Seit mehr als vierzig Jahren wiederholen sich im Reichstag und in den einzelstaatlichen Parlamenten die Klagen über den Widerspruch zur Verfassung, der in der Unregelmäßigkeit und Unzulänglichkeit der Ueberwachung der auswärtigen Politik durch den Ausschuß liege. Die Antworten darauf lauten regelmäßig etwa so wie die oben angezogene des württembergischen Ministerpräsidenten und lassen die Fragesteller regelmäßig auch ebenso unbefriedigt, weil ihnen die Spannung zwischen dem buchstäblichen Sinn der entsprechenden Verfassungsvorschrift und ihrer eigentlichen Bedeutung ebenso unklar bleibt, wie sie anderseits den Regierungen selbstverständlich ist.

Handelt es sich hier um Verkennung des hinter dem geschriebenen Verfassungssatz stehenden ungeschriebenen Verfassungsrechts auf seiten der Regierten, so liegt umgekehrt auf seiten der Regierenden die Gefahr einer Ueberschätzung eben dieser Erscheinung nahe. In der Gewöhnung an unbedingte Einhaltung der ungeschriebenen reichsverfassungsmäßigen »Vertragspflichten« kommen sie um so eher zu einer Vernachlässigung der geschriebenen Verfassungsnormen, als

sie in diesen leicht nur die vielfach ungenaue und unzulängliche Einkleidung jener ungeschriebenen zu sehen pflegen. Der Buchstabe der Reichsverfassung mag notleiden, wenn nur ihrem föderativen Geist sein Recht geworden ist. So konnte die Reichsleitung glauben, eine Verständigung der Bundesregierungen auf diplomatischem Wege könne die — ihr demgegenüber als unwesentliche Form erscheinende — Abstimmung des Bundesrats über einen vom Reichstag beschlossenen Gesetzentwurf ersetzen: der bekannte Vorgang bei der Entstehung des Gesetzes betr. Aenderung des Militärstrafgesetzbuchs vom 8. August 1913. Warum sollte dem Plenum des Bundesrats nicht recht sein, was dem auswärtigen Ausschuß billig ist: als eine mögliche Verständigungsform durch andere von sachlich gleicher oder stärkerer Wirkung im Sinne des bundesmäßigen Einvernehmens ersetzt zu werden? Die schweren verfassungsrechtlichen Bedenken liegen hier allerdings auf der Hand.

So besteht eine gewisse Rechtsunsicherheit auf dem Boden der Reichsverfassung, die sich aber nicht auf Einzelpunkte wie die genannten beschränkt. Sie hat in der parlamentarischen Geschichte des Reichs von Anbeginn eine große Rolle gespielt und ihren Ausdruck zumeist im Mißtrauen der Parteien gegenüber der verfassungsrechtlichen Gewissenhaftigkeit Bismarcks gefunden. Die Schuld an diesen Verhältnissen hat sicher z. T. an den Beteiligten gelegen — an einem gewissen konstitutionellen Doktrinarismus der Parteien, die daneben die föderativen Notwendigkeiten verkannten, vielleicht ebenso sehr wie an der Gewaltsamkeit, mit denen der Schöpfer der Reichsverfassung sich oft den unitarischen und konstitutionellen Notwendigkeiten zu entziehen gesucht hat, die ihm zum Teil aufgedrängt waren und zu deren voller Anerkennung er sich nie hat entschließen können. Aber abgesehen davon ist das so häufige gegenseitige Sichnichtverstehenkönnen von Regierung und Volksvertretung im Reich in verfassungsrechtlichen Grundfragen wenigstens mitbedingt auch durch die gekennzeichnete Unzulänglichkeit unserer Verfassungsurkunde: Reichsregierung und Reichsparlament sprechen auch deshalb eine so verschiedene Sprache in Reichsverfassungsfragen, weil für die Regierung zum Text der Verfassung noch die ganze Welt der »Bündnisverträge« hinzutritt, für sie dank der be-



ständigen bundesfreundlichen Fühlung der Regierungen untereinander ebenso selbstverständlich wie für die Volksvertretung unbeachtlich und fernliegend. Für die Regierung hat jedes der beiden Elemente sein Recht: das unitarisch-konstitutionelle, das die HAENELsche Reichsstaatsrechtstheorie beherrscht, so gut wie das föderative, von dem die SEYDELsche getragen ist — obwohl das letztere mehr eine stillschweigende Voraussetzung und Ergänzung der Verfassung als aus dieser selbst recht zu erschließen ist[21]). Die Theorie ist andere Wege gegangen und daher ohne Fühlung mit den Rechtsüberzeugungen der verbündeten Regierungen und der Reichsleitung, sowohl in den genannten beiden literarischen Klassikern der gegensätzlichen staatsrechtlich-politischen Grundauffassungen wie in den farbloseren Darstellungen, etwa des LABANDschen Werks, in dem ebenfalls das Nebeneinander der beiden Elemente nicht zu voll befriedigendem Ausdruck kommt[22]). Diese mangelnde Fühlung beruht aber mindestens zum Teil auf der unvollkommenen Deckung von formellem und materiellem Reichsverfassungsrecht, die den Ausleger der Reichsverfassungsurkunde in die Gefahr bringt, ein nicht ganz zutreffendes Bild vom System des Reichsstaatsrechts zu entwerfen. Und dieselben Gründe, die hier der Theorie gefährlich geworden sind, verhindern zugleich die volkstümliche Wirkung der Verfassung: ein politisches Grundgesetz, das geflissentlich nicht alles sagt, was es meint — und das gilt von der Reichsverfassung sowohl nach der föderativen wie nach der unitarisch-konstitutionellen Seite[23]) — ein solches Grundgesetz kann auch nie-

[21]) Vgl. das wichtige Zeugnis bei v. JAGEMANN, S. 45: „In der Bundespraxis ist folgender Satz als feststehend erachtet worden: .... Beide Eigenschaften, Bundesvertrag und Gesetz, mit ihren Wirkungen bestehen ... nebeneinander. In Gemäßheit dieser Auffassung aber unterliegen die Bestimmungen des in der Verfassung enthaltenen Vertrages der Bundesregierungen, welche sich auf das Recht der letzteren bezieht (so! gemeint ist wohl: „beziehen"), den Grundgesetzen über die Auslegung der Verträge."

[22]) Am reinsten gibt es der Praktiker unter den Schriftstellern des Reichsstaatsrechts, v. JAGEMANN, wieder (vgl. z. B. die vorige Anm.); mit einer gewissen Verkürzung der fortdauernden föderativen Seite TRIEPEL (s. oben S. 259 Anm. 16.)

[23]) Hier vor allem in dem völligen Verzicht, die durch das Amendement BENNIGSEN zu Art. 17 bewirkten grundlegenden Veränderungen im System der reichsstaatsrechtlichen Gewaltenteilung im Text der Verfassung auch nur anzudeuten.



mals für ein Volk die Grundlage seiner verfassungsrechtlichen Ueberzeugungen und der Ausdruck seines politischen Selbstbewußtseins werden, wie das den älteren republikanischen Vorbildern gelungen ist und einer Verfassung in der Art der Frankfurter auch in Deutschland gelungen wäre. Daß die reichsstaatsrechtlichen Grundanschauungen der eigentlichen Träger des Verfassungslebens im Reich (abgesehen vom Reichstag) vom Reichsvolk nicht recht verstanden und von der Theorie nicht geteilt werden, ist unter dem Gesichtspunkt eines von gesundem politischem Rechtsgefühl getragenen Verfassungslebens kein erfreulicher Zustand.

5. Wo liegt nun der letzte Grund und Sinn dieser inhaltlichen Unvollständigkeit und der damit zusammenhängenden sachlichen Eigentümlichkeit unserer Reichsverfassung?

Zunächst natürlich in der technischen Schwierigkeit, die hier in Betracht kommenden Rechtsbeziehungen in scharf gefaßte Verfassungsartikel einzukleiden. Das gilt, um auf die eingangs entwickelten Beispiele zurückzugreifen, sowohl von den Pflichten des Reichs gegen die Einzelstaaten wie von denen der letzteren gegen das Reich.

Das Maß, in dem das Reich den Einzelstaaten Nachrichten oder gar gegenseitige Aussprache und Verständigung schuldig ist, läßt sich nicht unmittelbar durch einen noch so dehnbaren Satz festlegen, der nicht mit Notwendigkeit Mißverständnisse und widersprechende Auslegungen nach sich ziehen würde. Daher die Umschreibung des Art. 8 Abs. 3 (Ausschuß für die auswärtigen Angelegenheiten). Oder der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für die Beteiligung der Einzelstaaten an der Besetzung der Reichsbehörden: formuliert wäre er unerträglich, würde er im Einzelfall die Quadratur des Zirkels anordnen. In der Einkleidung etwa des § 127 GVG. (Ernennung der Mitglieder des Reichsgerichts auf Vorschlag des Bundesrats) kommt der Grundsatz zu befriedigender Geltung, unter Vermeidung aller technischen Schwierigkeiten.

Dasselbe gilt von der Pflichtenstellung der Einzelstaaten gegenüber dem Reich. In welchem Umfang die Einzelstaaten noch auswärtige Politik treiben dürfen, ohne die Schranken der dem Reich vorbehaltenen »hohen« Politik zu überschreiten — oder welche Rücksichten sie in ihrem eigenen inneren

Verfassungsleben dem Reich schuldig sind (wie im braunschweigischen Fall) — das wäre in Verfassungsartikeln kaum auszudrücken, und wenn es geschehen wäre, würde die sorgfältigste und bestüberlegte Fassung im Einzelfall mehr schaden als nützen, während der allgemeine Grundsatz der »Bundestreue« elastisch genug ist, um überall den Geist und die Einzelheiten der Lösung derartiger Fragen richtig zu bestimmen.

Damit ist schon ein weiterer, nicht minder wichtiger Grund berührt, nämlich der einer gewissen bundesstaatlichen Höflichkeit. Daß die Einzelstaaten die Reichsgesetze auszuführen haben, dabei vom Reich beaufsichtigt und nötigenfalls zur Pflichterfüllung angehalten und gezwungen werden sollen, kann die Verfassung diesen Staaten mit ihren monarchischen Häuptern nicht mit kahler Rücksichtslosigkeit ins Gesicht sagen. Sie umschreibt es daher in den versteckten Sätzen der Art. 4, 17, 7 Ziff. 3, 19. Die republikanischen Bundesverfassungen sind freier von derartigen Rücksichten und nehmen insofern kein Blatt vor den Mund. Die schweizerische gesteht den Kantonen ausdrücklich die Souveränität zu (Art. 3) — eine im Zusammenhang der nüchternen Technik der Reichsverfassung undenkbare Versicherung —, wendet sich dann aber alsbald an sie im herrischen Tone der Polizeiverordnung: den Kantonen werden besondere Bündnisse usw. »untersagt« (Art. 7). So kann man nicht zu gekrönten Häuptern, oder, wie der Sprachgebrauch der Reichspraxis es ausdrücken würde, so kann nicht ein Bundesvertrag zu den Verbündeten sprechen: wobei die staatenbündische Formel wieder lediglich die Einkleidung für den sachlichen Gedanken sein würde, daß der Einzelstaat dem Reich gegenüber Anspruch auf die Behandlung hat, die Verbündete voneinander erwarten können. Z. T. hierauf beruht die schonende Einkleidung der Pflichten der Einzelstaaten gegen das Reich: sie sollen erfüllt und geltend gemacht werden nicht wie Untertanenpflichten, sondern erfüllt im Geist der Bündniserfüllung und geltend gemacht im diplomatischen Stil des völkerrechtlichen Verkehrs, nicht im befehlenden der vorgesetzten Behörde. Und Aehnliches gilt natürlich von den Pflichten des Reichs gegen die Staaten: auch hier ist der Kaiser, politisch Preußen, den Verbündeten die Bundespflicht des Einvernehmens in den auswärtigen Angelegenheiten oder verhältnis-



mäßiger Behandlung im allgemeinen wie ein gleichgeordneter Verbündeter schuldig. Von diesem ganzen Gedankenkreise kann bei dem eigentümlich unorganischen Ueber- oder besser Nebeneinander von republikanischem Gesamtstaat und Einzelstaat nicht die Rede sein.

Damit ist unsere letzte und tiefgreifendste Frage berührt, nämlich die nach dem Zusammenhang unseres ganzen Problems mit dem Wesen des monarchischen Bundesstaats.

Man fragt neuerdings wieder, mit einem vielleicht nicht ganz glücklichen Ausdruck für einen lange Zeit unverdient vernachlässigten Gegenstand von allergrößter Bedeutung, nach der »Psychologie des Staates«[24]. Die Staatslehre hat von jeher die Psychologie der verschiedenen Staatstypen zu bezeichnen gesucht, und zwar altertümlich ethisierend durch bestimmte Tugenden oder Laster. Otto Mayer hat das von den alten drei klassischen Formen des Einheitsstaats auf den Bundesstaat übertragen: entsprechend dem von Treitschke sogenannten »eidgenössischen Rechtsgefühl« im republikanischen Bundesstaat hat er als das Lebensprinzip des monarchischen mit Bismarcks Wort die »Vertragstreue der Fürsten« bezeichnet[25]. Dagegen ist mancherlei einzuwenden. Einmal ist die Bundestreue der Fürsten und Einzelstaaten nicht so sehr ein psychologisches oder politisches, sondern, wie oben gezeigt, geradezu ein rechtssatzmäßig geltendes Verfassungsprinzip unseres monarchischen Bundesstaats. Und anderseits wird mancher Bürger eines republikanischen Bundesstaats Bedenken tragen, gerade das »eidgenössische Rechtsgefühl« gegenüber der Sphäre des Einzelstaats[26] als das oberste Prinzip seines Staats gelten zu lassen. Die Bundestreue der Fürsten ist gewiß neben dem nationalen Einheitswillen der Tragpfeiler des Deutschen Reichs; jenes »eidgenössische Rechtsgefühl« dagegen ist nur ein Korrektiv des zentralisierenden republikanischen Gesamtwillens. Allerdings beruht das letzte Wesen eines Bundesstaats stets in dem letzten Prinzip, durch das er die Beziehungen der Gesamtheit zu den Einzelstaaten regelt. Aber diese letzten Prinzipien sind in den republikanischen

[24]) Wiener Rektoratsrede von A. Menzel 1915.

[25]) Archiv für öffentliches Recht XVIII 370.

[26]) So ist es bei Treitschke (Historische und politische Aufsätze [4] II 157, 159, 169, 233) gemeint.



Bundesstaaten einer- und im Deutschen Reich anderseits nicht gleichlaufend, wie Otto Mayer annimmt, sondern gegensätzlich. Der republikanische Bundesstaat kennt in seiner eigenen Sphäre keine Einwirkung der Einzelstaaten [27]); wohl aber wirkt er seinerseits machtvoll bestimmend auf das Allerheiligste der Einzelstaaten, indem er ihnen die Grundprinzipien ihrer Verfassungen vorschreibt: republikanische Staatsform, Verfassungsinitiative des Volkes usw. [28]). Der monarchische Bundesstaat läßt die Einzelstaaten durch ihre Beteiligung am Bundesrat und durch ihre Ausführung der Reichsgesetze auf dem eigenen Boden der Reichszuständigkeit das ganze Leben der bundesstaatlichen Gesamtheit entscheidend bestimmen; aber er vermeidet ängstlich jedes Hineinregieren in den Bereich des Einzelstaats. Wenn der republikanische Bundesstaat seine Einzelstaaten an gewisse oberste republikanische Verfassungsgrundsätze bindet, so tut er das, weil diese Staatsform die des Gesamtstaats ist, dessen staatlicher Geist, dessen »Prinzip«, wie Montesquieu sagen würde, auch die Einzelstaaten beherrschen soll. Dagegen wenn das Deutsche Reich, scheinbar analog, den preußischen Staat zur Beibehaltung seiner monarchischen Staatsform verpflichtet, so bedeutet das nicht die Unterwerfung Preußens unter das verfassungspolitische »Prinzip« des Reichs (ein solches besteht in dem Sinne wie im republikanischen Bundesstaat überhaupt nicht), sondern umgekehrt in hohem Grade eine Unterwerfung des Reichs unter den Einfluß der geschichtlich-politischen Eigenart der preußischen Monarchie. Preußens Pflicht, einen König zu haben, ist nicht die Pflicht des republikanischen Einzelstaats, eine dem Geiste des Ganzen entsprechende Verfassung zu haben, sondern umgekehrt die Pflicht, dem Ganzen die politischen Kräfte des Einzelstaats, so wie sie geschichtlich sind, zur Verfügung zu stellen. Die Begründung der Demokratisierung des preußischen Dreiklassenwahlrechts mit der Notwendigkeit seiner Angleichung an das Reichstagswahlrecht

[27]) Zutreffend O. Mayer a. a. O. S. 354 f. In der schweizerischen Bundesverfassung von 1874 ist die scharfe Scheidung von 1848 nicht streng gewahrt. Man möchte an eine vielleicht unbewußte Einwirkung der deutschen Verhältnisse denken.

[28]) Amerikan. Unionsverfassung art. IV sect. 4, schweiz. Bundesverfassung Art. 6. Ebenso die Reichsverfassung von 1849 §§ 130, 186, 187, 195 Erfurter Unionsverfassung §§ 128, 184, 185, 193.



entspricht dem Grundgedanken des republikanischen, nicht des monarchischen Bundesstaats. Und so bedeutet das »Prinzip« der bundesstaatlichen Verfassung hier und dort Grundverschiedenes: dort eine Schranke gegen übermäßige Einwirkung des republikanischen Gesamtstaats auf die Einzelstaaten, hier umgekehrt die Gewähr für eine angemessene Einwirkung der Einzelstaaten auf das Reich.

Und hier liegt nun der tiefste Zusammenhang jener eigentümlichen Unvollständigkeit der Reichsverfassung. Die deutschen Einzelstaaten haben gegenüber dem Reich mehr Rechte und mehr Pflichten, als die Einzelstaaten im republikanischen Bundesstaat gegenüber diesem. Diese Rechte und Pflichten liegen im Reich mehr in der Sphäre des Gesamtstaats, im republikanischen Bundesstaat (bei fehlender Beteiligung an den Funktionen des Ganzen) mehr in der Sphäre des Einzelstaats: der republikanische Bundesstaat ragt gewissermaßen über seine eigene Sphäre noch hinaus und bestimmend in die des Einzelstaats hinein, umgekehrt der deutsche Einzelstaat bestimmend hinüber in die Sphäre des Gesamtstaats. Und wenn nun diese Rolle des deutschen Einzelstaats im Reich von der Reichsverfassung nur mehr im allgemeinen umschrieben, im einzelnen aber vielfach nicht mit voller Schärfe und Ausdrücklichkeit festgestellt wird, so liegt das durchaus in der Linie des eben bezeichneten Gegensatzes. Die Einzelstaaten sollen sich mit der ganzen Irrationalität ihrer geschichtlich-politischen Eigenart im Leben des Reichs auswirken und zur Geltung bringen; dafür eröffnet ihnen die Reichsverfassung allerlei Wege, teils mehr diplomatischer Art, wie den Bundesrat und den auswärtigen Ausschuß, teils mehr administrativer, wie die Einwirkung auf die eigene und unmittelbare Verwaltung des Reichs durch die verhältnismäßige Beteiligung an der Ergänzung des Reichsbeamtenkörpers, namentlich aber die Beteiligung der einzelstaatlichen Verwaltungen an den Reichsaufgaben im Bereich der mittelbaren Reichsverwaltung. Jede nähere gesetzliche Bestimmung dieses Bereichs würde ihn zugleich politisch entleeren. Die Verfassung der Paulskirche, die Erfurter Unionsverfassung, ja sogar die Wiener Schlußakte [29]) bestimmen in mancher Hinsicht die Rechtsstellung der einzelnen Staaten viel genauer

[29]) Z. B. Art. XXXVI f. betr. auswärtige Politik der deutschen Staaten.



als die Reichsverfassung, die von den Einzelstaaten um so weniger spricht, je mehr sie von ihnen und ihren politischen und administrativen Lebenskräften das eigene Leben des Reichs bestreiten will.

Im Kriege treten die Einzelstaaten im Verfassungsleben des Reichs noch stärker zurück als im Frieden. »Die Reichsflut ist im Steigen« [30]) und wird nicht so bald wieder fallen. Da wird in Zukunft die Verkennung dieser Dinge, in denen die ausschließliche Eigentümlichkeit unseres monarchischen Bundesstaatsrechts liegt, gegenüber dem, was wir mit den republikanischen Bundesstaaten gemeinsam haben, noch näher liegen als bisher. Dank der einseitigen theoretischen Vorherrschaft einer Schablone, die vom republikanischen Bundesstaatsrecht geschaffen und als Vorbild nahegelegt war, hat die technische Eigentümlichkeit der Reichsverfassung, die unser Ausgangspunkt war, ihre inhaltliche Einseitigkeit und Ergänzungsbedürftigkeit allzusehr übersehen lassen. Otto Mayer hat vor längerer Zeit auf die »Befreiungsarbeit« aufmerksam gemacht, die hier zu tun sei [31]). Er selbst hat damit einen guten Anfang gemacht, seitdem aber nicht allzu viele Nachfolger gefunden. Auf die Dauer können sie ihm auch hier nicht fehlen.

---

[30]) Anschütz in: Die Arbeiterschaft im neuen Deutschland (hrsg. von Fr. Thimme und C. Legien, 1915), S. 48.

[31]) a. a. O. S. 372.



Völkerrechtliche Ideen der französischen Revolution.

Von

Robert Redslob,

Professor an der Universität Rostock.



Einleitung.

Der Gedanke von einem angeborenen, unantastbaren Freiheitsrecht hat einen zwiefachen Ursprung. Er ist heimisch in der altgermanischen Ideenwelt, und er wird von der christlichen Kirche schon in ihrer Frühzeit zum Schutz des religiösen Lebens gegen staatliche Bedrückung angerufen. Auf dieser doppelten Grundlage ersteht der Gedanke in den Kämpfen der Reformation zu neuer Kraft. Er wird namentlich von den Kongregationalisten und Independenten zur Verteidigung der Gewissensfreiheit verwertet und in dieser Gestalt nach den nordamerikanischen Kolonien getragen. Aber in der Folge erweitert er seinen Inhalt; er nimmt allgemeine politische Forderungen in sich auf und tritt ein für persönliche Freiheit, Leben und Eigentum überhaupt. In diesem weiten Sinne beseelt er die Petition of Right von 1628, die Bill of Rights von 1689 und beherrscht die Erklärungen der Grundrechte, die in den amerikanischen Ländern nach der Befreiung von der englischen Herrschaft ergehen. Gleichzeitig findet er Anerkennung in der Literatur und wird von Spinoza, Locke, Blackstone, Wolff und andern Naturrechtslehrern verfochten[1]).

Jede menschliche Persönlichkeit, so sagt diese Theorie, soll eine Sphäre besitzen, in der sie ungehindert ihre Lebenskraft entfalten kann. Das ist ihr heiliges und angestammtes Recht.

Aber neben dieser Bewegung, die nach der individuellen Freiheit zielt, geht eine andere einher, die eine ähnliche Wahrheit, nur auf einem andern Schauplatz verfolgt. In den Kämpfen des sechzehnten Jahrhunderts und im Dreißigjährigen Krieg erhebt sich ein gewaltiges Ringen um eine neue

[1]) Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte. Heidelberger staats- und völkerrechtliche Abhandlungen Band I. Heft III. 1913.



Ordnung im europäischen System. Die Staaten, welche aus dem Erneuerungsprozeß des späten Mittelalters emporgewachsen sind und im Bewußtsein ihrer mühsam erstrittenen Einheit ihr Dasein behaupten, stürmen gegen die Burg der mittelalterlichen Weltherrschaft, deren halb zertrümmerte Mauern noch hineinragen in die neue Zeit. Sie brechen die Fessel des Kaisertums, mit welcher Karl V. sie noch einmal dank seiner glücklichen Familienpolitik in glänzendem Anachronismus bedroht.

Wenn die europäischen Völker sich damals erheben, so verteidigen auch sie ein Urrecht der Freiheit, nur daß jetzt dieses Urrecht für eine Gesamtpersönlichkeit gefordert wird. Die Staaten wollen sich ungehindert entfalten können. Sie wollen jeder Oberherrschaft ledig sein. Anders gesagt, sie sprechen ein Recht auf gleiche Geltung an; denn Freiheit und Gleichheit sind im internationalen Leben identische Begriffe. Gleichzeitig erscheint der Wille der Selbstbehauptung in einer besonders erhabenen Gestalt. Denn es gilt nicht nur die politische Freiheit, es gilt zugleich ein höheres Gut zu wahren, die Gedankenfreiheit, die religiöse Autonomie. Die deutschen Fürsten und Städte, die den neuen Glauben angenommen, England, Schweden, die Niederlande streiten um diesen Preis.

Allein die Entwicklung bricht wieder ab. Das Weltbild ändert sich.

Die Periode vom Westfälischen Frieden bis zur französischen Revolution ist das Zeitalter der dynastischen Kämpfe. Der Wille zur Vorherrschaft bei den einen, die Sorge um das Gleichgewicht bei den andern, das sind die Motive, die der Diplomatie, den Kriegen und Allianzen der Epoche ihren Charakter geben. Man streitet nicht mehr um Ideen, man streitet um Macht allein[2]). Die politischen Begebenheiten dieser Jahre stehen darum auf einer tieferen moralischen Linie als der Dreißigjährige Krieg. Erst in dem Augenblick, wo die Philosophie der Aufklärung in das Leben der Völker dringt

[2]) Vgl. das klassische Werk von Sorel: L'Europe et la Révolution française. Volume I. 1905. p. 9 s; vgl. auch die wertvolle Arbeit von Nys: La Révolution française et le droit international. Etudes de droit international 1896. Vol. I. p. 344 s.



und ihre Schicksale bewegt, atmet die Geschichte einen höheren Geist. Sie ist wieder von Prinzipien getragen.

Der leitende Gedanke des Völkerrechtes, der in dem großen Chaos unterzugehen drohte, ersteht jetzt zu neuer Autorität. Die Lehre von der Freiheit der Staaten steigt aus Verwirrung und Dunkel wieder an das Licht. Sie verbündet sich zugleich mit der Lehre von der Freiheit der Menschen. Und beide Theorien dringen siegend auf dem Schauplatz der Geschichte vor.

Nordamerika ist die Heimat der Verfassungen, die den Staat durch eine Sphäre individueller Freiheit beschränken. Am 20. November 1772 beschließen die Bürger von Boston eine von Samuel Adams entworfene Erklärung der Rechte, die sich auf Locke beruft. Die Gedankenbewegung setzt sich fort in der Deklaration, die der zu Philadelphia tagende Kongreß von zwölf Kolonien am 14. Oktober 1774 erläßt. Sie gipfelt endlich in den Grundgesetzen, welche die einzelnen Kolonien späterhin verkünden, allen voran Virginien am 12. Juni 1776[3]).

Die französische Revolution übernimmt diese Vorstellung nicht. Wohl kennt sie Menschenrechte, aber nur dem Namen nach. Denn die berühmte Deklaration vom 26. August 1789 stammt nicht aus der Doktrin von Locke und nicht aus den politischen Gedanken der nordamerikanischen Kolonien. Sie bewegt sich auf einer diametral verschiedenen Bahn. Sie ist geleitet von ROUSSEAU[4]).

Es besteht eine vollkommene Antithese zwischen beiden Systemen. Die Lehre von Locke errichtet eine eherne Scheidemauer zwischen Bürger und Staat. Anders die Lehre des Contrat social. Sie kennt einen Gegensatz zwischen Untertan und Herrscher nicht. Beide sind vielmehr identisch. Beide

---

[3]) Virginia Bill of Rights. Section I. „That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety."

[4]) Ich habe dies nachzuweisen versucht in meiner Arbeit: Die Staatstheorien der französischen Nationalversammlung von 1789. 1912. Kapitel IV.



gehen auf in der Nation. Denn der Gemeinwille regiert. Die Bürger gebieten über sich selbst[5] [6]).

Wenn aber die Revolution nicht der Theorie von den individuellen Grundrechten huldigen kann, so bewegt sie sich doch in den Bahnen von Locke und in der Ideenwelt einer ursprünglichen Freiheit, sobald nicht Rechte der Menschen, sondern Rechte der Staaten zur Verhandlung stehen. Sie eröffnet jener Theorie ein neues Gebiet der Herrschaft. Sie ruft sie auf einem neuen Kampfplatz zur Hilfe, um mit ihr zu siegen. Denn das ist die Bedeutung der Revolution in der Sphäre des Völkerrechts, daß sie die zwei Gedankenfäden zusammenführt, die das Zeitalter der Religionskriege durchziehen und von denen der eine abgerissen worden, der andere sich im fernen Lande weiter gesponnen hat. Der abbé GRÉGOIRE gibt dieser Synthese der beiden Ideenreihen deutlichen Ausdruck, wenn er dem Konvent vorschlägt, eine Erklärung der Völkerrechte zu erlassen.

I. Die Freiheit der Staaten.

Wir sind bei einem ersten und fundamentalen Prinzip angelangt.

Der Staat ist eine Persönlichkeit und hat darum ein absolutes Recht. So lehrt die Revolution. Er hat einen Raum der Lebensentfaltung, den er sein eigen nennt und der nicht angetastet werden kann. Er hat eine Welt, in der nur sein Wille regiert.

---

[5]) Contrat social. Livre I. Chapitre VI. „Chacun se donnant à tous ne se donne à personne; et comme il n'y a pas un associé sur lequel on n'acquière le même droit qu'on lui cède sur soi, on gagne l'équivalent de tout ce qu'on perd, et plus de force pour conserver ce qu'on a. Si donc on écarte du pacte Social ce qui n'est pas de son essence, on trouvera qu'il se réduit aux termes suivants: „Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale; et nous recevons encore chaque membre comme partie indivisible du tout.“ A l'instant, au lieu de la personne particulière de chaque contractant, cet acte d'association produit un corps moral et collectif, composé d'autant de membres que l'assemblée a de voix, lequel reçoit de ce même acte son unité, son moi commun, sa vie et sa volonté.“

[6]) Vgl. über den Antagonismus der beiden Ideen: Laurent. Histoire du droit des gens et des relations internationales. Tome XIII. La Révolution française. 1867. p. 56 sq.



Wenn nun die Revolution diese These verficht, so hat es den Anschein, als ob es sich einzig um die geometrisch exakte Projektion einer Figur in eine andere Ebene handelte. Aber bei näherer Betrachtung wird offenbar, daß die Theorie durch Uebertragung in eine andere Welt ihren Charakter einigermaßen verändert. Denn die Macht, gegen welche die Grundrechte sich erheben und ein System der Verteidigung errichten, ist nicht mehr die gleiche. *Der Bürger* wehrt sich gegen den Staat. Er erkennt zwar eine Herrschaft über sich an und ist bereit, ihr Gehorsam zu leisten. Er bestreitet indes, daß sie befugt sei, über eine feste Grenze hinaus zu gehen. Er leugnet nicht ihren Titel, aber ihre unbedingte Machtvollkommenheit. Anders *der Staat*, wenn er mit Grundrechten zu Felde zieht. Er leugnet überhaupt, daß eine Gewalt über ihm stehe. Er behauptet eine volle Unabhängigkeit. Er kämpft nicht gegen eine wirkliche Autorität, sondern er wendet sich gegen den hypothetischen Fall, daß eine Autorität über ihn behauptet werden sollte. Er stellt nicht Freiheitsrechte auf, sondern ein einziges Freiheitsrecht. Er verkündet seine völkerrechtliche Persönlichkeit, er verkündet seine Souveränetät.

So leitet die Theorie, auf den Staat angewendet, noch höher hinauf als zu der Vorstellung von eigentlichen Grundrechten. Sie führt zurück auf ein Urprinzip, aus dem die Menschenrechte hervorgewachsen sind. Sie führt zurück auf die natürliche Freiheit überhaupt. Der Zustand, den *die einzelnen* verlassen, indem sie den Staatsvertrag begründen, ist immer noch der Zustand, in welchem *die Staaten* miteinander leben. Denn *die Staaten* haben sich keiner Herrschaft unterworfen. Während die Bürger nur einen Teil ihrer natürlichen Freiheit gerettet, den Teil nämlich, den sie im Staatsvertrag nicht preisgegeben, sind die Staaten noch im Besitz ihrer ursprünglichen Machtvollkommenheit.

Das will aber nicht heißen, daß sie völlig ungebunden sind. Wie die Menschen, die im Naturzustande leben, so finden auch die Staaten eine Schranke in der Freiheit ihresgleichen. Die Machtentfaltung darf nie so weit gehen, daß sie eine ähnliche Machtentfaltung der Genossen hindert [7]). Und weiter, wenn

[7]) John Locke. Two treatises on government. Book II. chapter II. §§ 4. 6. „The state of Nature has a law of Nature to govern it, which obliges every one, and reason, which is that law, teaches all mankind



sich die Staaten auch nicht unter die Botmäßigkeit einer Gewalt begeben, so übernehmen sie doch die Pflicht zu manch einem Handeln, an dem ein solidarisches Interesse besteht. Sie tun es durch einen Vertrag, oder sie tun es, indem sie ein Herkommen begründen. Nur ist es immer ein Verhältnis der Gleichordnung, in das sie eintreten. Die Verbindlichkeit wird geschaffen durch eine Uebereinstimmung, nicht durch eine Unterwerfung des Willens.

Diese Lehre von der freien Persönlichkeit des Staates ist nun allerdings nicht eine Schöpfung der Revolution. Sie mußte entstehen, sobald die europäischen Völker die Fesseln der mittelalterlichen Weltherrschaft abschüttelten und sich für selbständig erklärten. Wir haben gesehen, daß die Kämpfe des sechzehnten und siebenzehnten Jahrhunderts bis zum Westfälischen Frieden die Unabhängigkeit der neu aufsteigenden Gemeinwesen verfochten. Aber jene Lehre kann trotzdem von der Revolution als ihr geistiges Eigentum angesprochen werden. Denn einmal, sie ist zuerst von der Revolution wissenschaftlich erfaßt und begründet worden: sie hat in den Gedankenreihen des Naturrechts ihren Platz gefunden, indem diese Gedankenreihen von den Politikern der Zeit weiter geführt und auf die Lebensgemeinschaft der Völker ausgedehnt wurden. Allein dazu kommt ein anderes. Die Revolution hat die Lehre nicht nur theoretisch gefestigt, sondern auch in der Geschichte Europas zum Sieg geführt. Die Armeen der ersten französischen Republik haben die große Idee in alle Länder getragen. Und so vermochte sie in jener Epoche einen moralischen Einfluß zu gewinnen, der

who will but consult it, that being all equal and independent, no one ought to harm another in his life, health, liberty or possessions; for men being all the workmanship of one omnipotent and infinitely wise Maker; all the servants of one sovereign Master, sent into the world by His order and about His business; they are His property, whose workmanship they are made to last during His, not one another's pleasure. And being furnished with like faculties, sharing all in one community of Nature, there cannot be supposed any such subordination among us that they may authorize us to destroy one another, as if we were made for one another's uses, as the inferior ranks of creatures are for ours". — Déclaration du droit de l'homme et du citoyen, 26 août 1789. „La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui et l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces droits."



sie zu einem heiligen und unzerstörbaren Besitz der Welt erhob. Sie hat seither als tiefste und gewaltigste Kraft den Mechanismus der internationalen Politik beherrscht. Zu diesem Triumph aber ist sie aufgestiegen, indem sie in der Nationalversammlung und im Konvent mit theoretischen Argumenten und idealer Begeisterung verteidigt wurde. Und so kommen wir zu dem Schluß: Stammen die Grundrechte der Menschen aus den nordamerikanischen Kolonien, so atmen die Grundrechte der Staaten den Geist der französischen Revolution [8]).

II. Die autoratitive Intervention. Der Angriffskrieg.

Das große Prinzip ist aufgerichtet. Und es handelt sich darum, es in seinen Konsequenzen auszubauen.

Hat der Staat eine freie Persönlichkeit, ist er souverän und keiner Herrschaft untertan, so ist damit schon gegesagt, daß er den Anspruch hat, von keiner Seite Gewalt zu leiden. Dabei ist nicht nur zu denken an physischen Zwang, sondern zugleich an jede Einwirkung auf den Willen, die eine Drohung mit solchem Zwang enthält. In einem Wort, es ergibt sich die Unrechtmäßigkeit der autoritativen Inter-

[8]) SOREL. Vol. I. p. 10. „Une Europe où les droits de chacun résultent des devoirs de tous, était quelque chose de si étranger aux hommes d'Etat de l'ancien régime, qu'il fallut une guerre d'un quart de siècle, la plus formidable qu'on eût encore vue, pour leur en imposer la notion et leur en démontrer la nécessité". — SOREL, anknüpfend an eine Denkschrift, die Vergennes, Minister des Auswärtigen, am 12. April 1777 Ludwig XVI. unterbreitet und in welcher er dem König anempfiehlt, auf Annexion und Eroberung zu verzichten und einen europäischen Bund zu gründen, um das Völkerrecht und den Frieden zu wahren. SOREL, Vol. I. p. 315. „Jamais la diplomatie n'avait tenu un langage aussi élevé. Jamais plus noble proposition n'avait été présentée à un prince équitable. Cest un trait entièrement nouveau qui se dessine ici: il marque la transition de l'ancien droit public, qui se dissolvait par l'abus de son principe, au droit nouveau qui tendait à se dégager des méditations des penseurs et à passer de la spéculation dans la politique. — Ce n'est plus le cynisme d'un Frédéric ou d'une Catherine, l'âpreté d'un Louvois ou l'implacable calcul d'un Richelieu. On recherche dans l'intérêt de tous la véritable règle de l'intérêt de chacun: Ce despotisme de la raison d'Etat se tempère, et des considérations de l'ordre purement moral corrigent le réalisme brutal de l'ancienne politique. Quelque chose de „l'Esprit des Lois" pénètre dans la diplomatie."



vention. Und damit ist ein neues fundamentales Prinzip des Völkerrechts gewonnen.

Aber die Revolution bleibt nicht bei dieser abstrakten Maxime stehen. Sie zieht aus ihr eine Nutzanwendung von aktueller Wichtigkeit: Sie erklärt, daß jeder Staat kraft seiner natürlichen Freiheit die unbeschränkte Fähigkeit habe, über seine Verfassung zu entscheiden, und daß es keiner Macht zustehe, ihn in dieser souveränen Betätigung seiner Persönlichkeit zu beschränken. Diese These wird aufgestellt in einer Zeit, in welcher sich eine europäische Koalition gegen Frankreich erhebt, weil es sein angestammtes Königstum zerstört, eine Republik aufrichtet und dadurch einen verhängnisvollen Einfluß auf andere Völker zu üben droht.

Der Konvent erklärt in einer Resolution von 1793 und in der Verfassung vom gleichen Jahr, daß Frankreich auf jede Einmischung in die Angelegenheiten fremder Staaten verzichtet, aber auch entschlossen ist, selbst jeden Eingriff in die Sphäre seiner Hoheit abzuwehren. CONDORCET spricht für die Nationen die volle Freiheit an, sich eine Verfassung zu geben. Er folgert dieses Recht aus der Gleichheit der Staaten. Und gleichzeitig beruft er sich auf die Theorie der Volkssouveränetät, die, obwohl eine Theorie des internen Regimentes, doch, wenn überall anerkannt, zu der Konsequenz leiten muß, daß die Verfassungsarbeit eines Volkes nicht von außen behindert werden darf[9]).

---

[9]) Résolution du 13 avril 1793. Convention nationale. Moniteur universel du 16 avril. „La Convention Nationale déclare au nom du Peuple Français, qu'elle ne s'immiscera en aucune manière dans le gouvernement des autres puissances; mais elle déclare en même-tems, qu'elle s'ensevelira plutôt sous ses propres ruines que de souffrir qu'aucune puissance s'immisce dans le régime intérieur de la République, et influence la création de la constitution qu'elle veut se donner.

Chapitre XXV de la constitution de 1793. Convention nationale. Séance du 18 juin 1793. Moniteur universel du 21. juin: „article 1. Le Peuple Français se déclare l'ami et l'allié naturel des peuples libres. article 2. Il ne s'immisce point dans le gouvernement des autres Nations, il ne souffre pas que les autres Nations s'immiscent dans le sien."

M. CONDORCET. Assemblée législative. Séance du 20 avril 1792. Moniteur universel du 22 avril: „Chaque nation a seule le pouvoir de se donner des lois, et le droit inaliénable de les changer à son gré. Ce droit n'appartient à aucune, ou leur appartient à toutes avec une entière égalité; l'attaquer dans une seule, c'est déclarer qu'on ne le reconnaît dans



Die autoritative Intervention kann verschiedene Mittel ergreifen. Die äußerste Form, in der sie erscheint, ist der Krieg. Der Gedanke der Unrechtmäßigkeit muß sich in diesem Fall mit besonderem Nachdruck geltend machen, und dies heben die Politiker der Zeit mit Ueberzeugung hervor.

Im Mai 1790 berät die Nationalversammlung über die Frage, wem in der künftigen Verfassung die Macht über Krieg und Frieden anvertraut werden soll. Diese Verhandlung gibt Gelegenheit, tiefgehende und geistreiche Theorien über den Aufbau der staatlichen Gewalten und namentlich über die Stellung des Monarchen zu entwickeln. Aber die Erörterung erweitert gar bald ihren Rahmen kraft der philosophischen Tendenz, die der Politik jenes Zeitalters innewohnt. Man fragt nicht mehr allein: Wer ist befugt den Krieg zu erklären. Man fragt: Gibt es ein Recht zum Krieg überhaupt?

Darauf antworten viele Redner und darauf antwortet namentlich ein Dekret vom 22. Mai, das später als Titel VI in die Verfassung vom 3. September 1791 aufgenommen wird.

Der Krieg ist ungerecht, wenn er sich gegen die natürliche Freiheit eines andern Staates richtet. So lautet die Lösung. Er ist ungerecht, wenn er das fundamentale Prinzip der Unabhängigkeit verletzt. Dieser Gedanke wird noch in eine andere Formel gekleidet: Der Angriffskrieg wird verurteilt und nur der Verteidigungskrieg für rechtmäßig erklärt. Will man diese Unterscheidung richtig verstehen, so darf man allerdings die Begriffe nicht in ihrem strategischen Sinne fassen. Es kommt nicht darauf an, wer die erste Waffentat vollbringt oder wer zuerst die Grenze des Feindes überschreitet. Vielmehr hat diejenige Aktion offensiven Charakter, mit der sich der erste Eingriff in die fremde Souveränetät verbindet, mag dieser Eingriff in irgend einer Form erscheinen, vielleicht als Verletzung eines materiellen Gutes, als Minderung der Ehre oder als Bedrohung mit irgend einem Schaden. In einem Wort, die Priorität der Rechtsübertretung ist entscheidend. Die Argumentation gipfelt in dem Satz, daß

aucune autre. Vouloir le ravir à un peuple étranger, c'est annoncer qu'on ne le respecte pas dans celui dont on est le citoyen ou le chef; c'est trahir sa patrie, c'est se proclamer l'ennemi du genre humain." cf. ALENGRY. CONDORCET. Thése de Toulouse 1903. Livre II. Chapitre X.

M. BRISSOT 23 août 1792. cit. bei Nys. l. c. p. 380.



der Kampf, welcher nur der Habgier und Herrschsucht entspringt, immer zu verurteilen ist und daß also der Eroberungskrieg mit der rechtlichen Ordnung der Völker nicht vereinbart werden kann[10]).

In dieser Gedankenreihe bewegt sich die parlamentarische Diskussion. Die Völker bilden eine Gemeinschaft, die den Frieden und das Glück aller Genossen erstrebt. Die Völker haben deshalb in dieser Gemeinschaft natürliche Rechte und Pflichten. VOLNEY stellt diese Prämissen auf und zieht aus ihnen den Schluß, daß kein Volk den Titel habe, die Waffen gegen ein anderes Volk zu tragen, und es seiner natürlichen Güter oder seiner Freiheit zu berauben. Der abbé GRÉGOIRE nimmt einige Jahre später den Satz in seiner Deklaration der Rechte wieder auf: Wer gegen die Freiheit eines Volkes kämpft, der bedroht zugleich die Freiheit aller übrigen. Denn er erschüttert das heiligste Gesetz, das unter Staaten gilt[11]). Nur der

[10]) Die Theorie jener Zeit beschäftigt sich auch mit Fragen der Kriegsmethode. So wendet sich die legislative Versammlung gegen die Kaperei. cf. Nys. l. c. p. 375 sq.

[11]) M. de VOLNEY. Assemblée nationale. Séance du 18 mai 1790. Moniteur universel du 20 mai: „Aujourd'hui vous allez délibérer pour l'univers et dans l'univers. Vous allez, j'ose le dire, convoquer l'Assemblée des Nations. Il est donc d'une haute importance, d'établir d'une manière imposante l'opinion que les Peuples doivent concevoir de vos principes et de vous; et la manière dont les grandes idées de philosophie politique se sont emparées, en moins de trois jours, de tous les esprits de cette assemblée, m'est le sûr garant de la sagesse que vous allez prendre. C'est en tâchant de remplir les vues que vous-mêmes avez indiquées, que j'en ai rédigé un projet que j'ai l'honneur de vous soumettre.

L'assemblée nationale délibérant à l'occasion des armements extraordinaires des deux puissances voisines qui élèvent les alarmes de la guerre:

Dans cette circonstance, où, pour la première fois, elle porte des regards de surveillance au delà des limites de l'Empire, désirant de manifester les principes qui la dirigeront dans ses relations extérieures, elle déclare solennellement:

1. Qu'elle regarde l'universalité du genre humain, comme ne faisant qu'une seule et même société, dont l'objet est la paix et le bonheur de tous et de chacun de ses membres;

2. que dans cette grande société générale, les Peuples et les Etats, considérés comme individus, jouissent des mêmes droits naturels et sont soumis aux mêmes règles de justice que les individus des sociétés partielles et secondaires;

3. que par conséquent un Peuple n'a le droit d'envahir la propriété d'un autre Peuple ni de le priver de sa liberté et de ses avantages naturels."



Krieg ist erlaubt, so sagt das Dekret vom 22. Mai, der geführt wird, um einen unmittelbar bevorstehenden Angriff abzuwehren oder überhaupt, um das eigene Recht zu schützen. Und der abbé GRÉGOIRE: Nur der Krieg ist zu billigen, welcher dazu dient, die Souveränetät, die Freiheit oder das Eigentum zu verteidigen [12]). Jeder andere Krieg ist vom Unrecht. Er ist ein Attentat gegen die menschliche Familie. Ein Volk, so argumentiert DE JALLET, hat keinen besseren Titel, ein anderes Volk anzugreifen, als ein Mensch einen andern. Das folgt aus der Freiheit der Völker überhaupt. Und daraus ergibt sich eine letzte Konsequenz: Keine Nation kann ihrem König das Recht zum Angriff geben, das sie selber nicht besitzt [13]). Zu verurteilen ist vor allem der Eroberungskrieg. Der Einfall in ein fremdes Land, bedeutet nach VOLNEY eine Gefahr für die Völkergemeinschaft insgemein. Pétion de Villeneuve fordert die Nationalversammlung auf, der Welt in einer feierlichen Erklärung kund zu tun, daß Frankreich auf alle ehrgeizigen Pläne, auf alle Eroberungen

---

M. l'abbé GRÉGOIRE. Déclaratíon du droit des gens. Convention nationale. Séance du 4 floréal an III. Moniteur universel du 7 floréal. article 15. „Les entreprises contre la liberté d'un Peuple sont un attentat contre tous les autres."

[12]) Décret du 22 mai 1790. Assemblée nationale. Moniteur universel du 23 mai. article 3. „Dans le cas d'hostilités imminentes ou commencées, d'un allié à soutenir, d'un droit à conserver par la force des armes, le roi sera tenu d'en donner, sans aucun délai, la notification au corps législatif, et d'en faire connaître les causes et les motifs; et si le corps législatif est en vacance il se rassemblera sur-le-champ." M. l'abbé GRÉGOIRE. l. c. article 17. „Un Peuple peut entreprendre la guerre pour défendre sa souveraineté, sa liberté, sa propriété."

M. le duc de LEVIS. Assemblée nationale. Séance du 16 mai 1790. Moniteur universel du 17 mai. „La guerre défensive est juste et légitime: repousser l'attaque de ses ennemis est le droit naturel, mais rien n'autorise à l'attaquer; ainsi nul n'a le droit de faire une guerre offensive."

[13]) M. l'abbé GRÉGOIRE. l. c. article 16. „Les ligues qui ont pour objet une guerre offensive, les traités ou alliances qui peuvent nuire à l'intérêt d'un Peuple, sont un attentat contre la famille humaine."

M. le curé de JALLET. Assemblée nationale. Séance du 16 mai 1790. Moniteur universel du 18 mai. „Une nation n'a pas plus de droit d'attaquer une autre Nation, qu'un individu d'attaquer un autre individu. Une nation ne peut donc donner à un roi le droit d'agression qu'elle n'a pas: le principe doit surtout être sacré pour les Nations libres. Que toutes les Nations soient libres comme nous voulons l'être, il n'y aura plus de guerre".

verzichte und seine Grenzen, die durch die ewige Vorsehung selbst gezogen seien, für immer beibehalten werde. Durch solch weisen Entschluß, ruft der Redner aus, wird Frankreich unvergänglichen Ruhm erwerben. VOLNEY spricht im gleichen Sinn. Das Dekret vom 22. Mai adoptiert den Gedanken. Es enthält die berühmte Proklamation, in welcher die Nationalversammlung gelobt, daß Frankreich allen Kämpfen entsagt, die auf Eroberung zielen, und seine Macht niemals zur Unterdrückung der Freiheit anderer Völker mißbrauchen will[14]. Das Dekret fügt dieser Entschließung eine Sanktion hinzu: Die Minister, überhaupt die Träger der Exekutive, die einen unrechtmäßigen Angriff ins Werk setzen, sollen wegen Hochverrats zur Verantwortung gezogen werden[14a]. So die Nationalversammlung. Wenn es nach ihrem Willen geht, so muß der Friede auf Erden bestehen. Frankreich ist nur von dem einen Wunsch beseelt, seine Freiheit zu behaupten. Es ist darum bereit, mit allen Nationen in Brüderlichkeit zu leben. ROBESPIERRE verkündet es mit Begeisterung. Und weil

---

[14]) M. de VOLNEY. l. c. article 4. „Que toute guerre entreprise par un autre motif et pour un autre objet que la défense d'un droit juste, est un acte d'oppression, qu'il importe à toute la grande société de réprimer, parce que l'invasion d'un Etat par un autre Etat tend à menacer la liberté et la sûreté de tous."

M. Pétion de Villeneuve. Assemblée nationale. Séance du 17 mai 1790. Moniteur universel du 18 mai. „Il faut déclarer, d'une manière solonnelle, que vous voulez bannir de la politique toutes les ruses, toutes les fourberies pour les remplacer par la justice et la loyauté, que la France renonce à tous projets ambitieux, à toutes conquêtes; qu'elle regarde ses limites comme posées par les destinées éternelles; que toute irruption sur un territoire étranger est une lâche infamie. Vous n'aurez rien fait qui puisse exciter davantage l'étonnement et l'admiration de la postérité."

M. de VOLNEY l. c. Projet: „L'Assemblée nationale a décrété et décrète, comme article de la constitution française: que la nation francaise s'interdit de ce moment d'entreprendre aucune guerre tendant à accroître son territoire actuel."

Décret du 22 mai. cit. article 4. „L'assemblée nationale déclare que la Nation Française renonce à entreprendre aucune guerre dans la vue de faire des conquêtes et qu'elle n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun Peuple."

[14a]) Décret du 22 mai. cit. article 4. „Si le corps législatif juge que les hostilités commencées sont une agression coupable de la part des ministres, ou de quelques autres agens du pouvoir exécutif, l'auteur de cette agression sera poursuivi comme coupable de lèse Nation."

Frankreich von diesem Ideal erfüllt, so hat es den Beruf, die Nationen um sich zu scharen, ihre Führerin zu sein und ein allgemeines Glück in der Welt zu begründen [15] [16].

III. Die europäische Allianz.

Die Norm der Souveränetät ist analysiert [17].

Aber wenn jetzt die Grundsätze entwickelt sind, welche das Leben der Völker beherrschen, so ergibt sich die weitere Aufgabe, die Einhaltung dieser Regeln zu sichern. Die Staaten erkennen die Notwendigkeit, die Freiheit zu schirmen, die ihnen durch Naturgesetz verliehen ist. Und diese Einsicht bringt sie auf einen ähnlichen Gedankengang, wie denjenigen, der die Menschen im Urzustande leitete. Auch die Menschen hatten damals die Frage zu lösen, wie sie sich vor Gewalttätigkeit schirmen konnten. Da schlossen sie sich durch einen Vertrag zusammen. Sie vereinten ihre Kraft, um gemeinsam die Ordnung aufrecht zu halten. Sie schufen eine Herrschaft durch ihren autonomen Willen [17a]. Auf eine ähn-

---

[15]) M. ROBESPIERRE. Assemblée nationale. Séance du 15 mai 1790. Moniteur universel du 16 mai. Si vous manifestiez aux Nations que, suivant des principes très différens de ceux qui ont fait les malheurs des Peuples, la Nation Française, contente d'être libre, ne veut s'engager dans aucune guerre, et veut vivre avec toutes les Nations dans cette fraternité qu'avait commandée la Nature, il est de l'intérêt des Nations de protéger la Nation Française, parce que c'est de la France que doit partir la liberté et le bonheur du monde."

M. de VOLNEY. l. c. article 1.

[16]) Vgl. zu diesem Abschnitt ferner: Discussion sur la déclaration de guerre à l'Autriche. Assemblée législative. 20 avril 1792; d'Argenson. Mémoires. I. p. 29. 371. cit. bei Sorel. vol. I p. 313; Mirabeau und Talleyrand. cit. bei Sorel. vol I. p. 316—317; Vergennes. Mémoire à Louis XVI. 12 avril 1777. cit. bei Sorel vol. I. p. 313—314; Montesquieu. Esprit des Lois. Livre IX. Chapitre VIII.

[17]) Es werden noch andere Konsequenzen aus der Souveränetät gezogen. Vgl. die Diskussion über die Freiheit der Schiffahrt auf Maas und Schelde. Vollziehungsausschuß. 16 november 1792. Nys. l. c. p. 383 sq.

[17a]) HOBBES. Elementa philosophica de cive. 1647. cap. V. art. VI. „Quoniam igitur conspiratio plurium voluntatum ad eundem finem non sufficit ad conservationem pacis, et defensionem stabilem, requiritur ut circa ea quae ad pacem et defensionem sint necessaria, una omnium sit voluntas.



liche Bahn werden auch die Staaten gedrängt. So argumentiert die Revolution. Sie sind nicht stark genug, um sich allein zu verteidigen. Sie sind deshalb genötigt, einen Bund zu gründen, um das höchste Gut zu gewährleisten, das sie besitzen, die Freiheit. Das ist ein solidarisches Lebensinteresse. Das Phänomen ist also das gleiche wie unter den Menschen. Nur daß keine Herrschaft errichtet wird, sondern ein bloßes Versprechen die Genossen eint. Die Lehre vom Staatsvertrag wird in die Lehre von einem Bundesvertrag übergeleitet. Aber das Motiv der Vereinigung, die psychologische Struktur ist die gleiche.

In der Nationalversammlung und im Konvent wird die Notwendigkeit einer solchen Allianz betont. Jeder Angriff gegen ein Volk, sagt VOLNEY, bedeutet eine Gefahr, gegen welche alle Völker zusammenstehen müssen. Denn sie sind alle durch solchen Frevel in ihrer Freiheit und Sicherheit bedroht. Aehnlich GRÉGOIRE und ROBESPIERRE. Wer sich an der Freiheit einer Nation vergeht, ist der Feind aller Nationen. Er ist mehr als ein Feind. Er ist ein Rebell, ein Räuber, ein Verbrecher an der Menschheit überhaupt[18]).

---

[18]) M. de VOLNEY in dem zitierten Projekt. Artikel 4.

M. ROBESPIERRE. Proposition de 4 articles pour une déclaration des droits. 24 avril 1793. Moniteur universel du 25 avril. article 2. „Celui qui opprime une Nation, se déclare ennemi de toutes.“ article 3. „Ceux qui font la guerre à un peuple pour arrêter les progrès de la liberté, et anéantir les droits de l'homme, doivent être poursuivis par tous, non comme des ennemis ordinaires, mais comme des assassins et des brigands rebelles“.

M. l'abbé GRÉGOIRE in der zitierten Deklaration. Artikel 15.

Im gleichen Sinne schreibt schon 20 Jahre früher ein Sozialphilosoph. Baron d'HOLBACH. La politique naturelle ou discours sur les vrais principes du gouvernement 1773: „Dans la grande société dont les princes et les peuples sont membres, il existe une loi; elle est le résultat des volontés de tous les peuples qui s'accordent à contenir, à réprimer, à affaiblir les membres dangereux au repos du genre humain . . . La loi de la grande société du monde oblige pareillement les souverains à la justice, à la tranquillité à la bonne foi. Mais il n'existe point de force ou d'autorité qui puisse contraindre les princes ou les peuples à observer ses décrets . . . Si tous les souverains réunis formaient d'un accord un tribunal où leurs querelles puissent être portées; si leurs volontés exprimées pouvaient, comme dans toute société particulière, se faire exécuter, il n'est point de souverain qui ne fût obligé de se soumettre à leurs décisions; les forces de tous rendraient ces lois inviolables et sacrées.“

IV. Die Volkssouveränetät.

So führt die Argumentation auf gewaltiger Brücke hinüber vom Recht der Staatenfreiheit zum Völkerbund. Aber sie geht noch weiter und erklimmt eine dritte Stufe. Die Staatenfreiheit leitet zu einer letzten Konsequenz, nämlich zu der Forderung, daß in allen Ländern die Selbstbestimmung der Bürger, die Volkssouveränetät zum Grundgesetz erhoben werden soll. Und das hängt in folgender Art zusammen:

Wenn aus der theoretischen Betrachtung folgt, daß die Nationen genötigt sind, zum Schutz ihrer Unabhängigkeit eine Allianz zu begründen, so bieten die Zeitverhältnisse diesem Plan eine große Schwierigkeit. Europa ist in zwei Lager geschieden, und es besteht zwischen beiden eine tiefgehende Divergenz der konstitutionellen Maximen. Wenn Frankreich die Volkssouveränetät verkündet, wenn es seinen Staat auf eine völlig andere Grundlage stellt als die Nachbarländer, so muß es schwer halten, bei solcher Entfremdung des politischen Denkens einen Verband zur gemeinsamen Verteidigung der Staatenfreiheit ins Leben zu rufen. Die traditionellen Monarchien des Kontinents müssen das revolutionäre Frankreich als einen Feind betrachten, weil es den Glauben an die göttliche Macht der Könige und damit die Grundlage der angestammten Autorität erschüttert[19]). Auch haben diese Monarchien die Lehre der Menschenrechte noch nicht aufgenommen, die in logischer Verkettung zu der Lehre von der Freiheit und Gleichheit der Staaten führt. Umgekehrt würde es für Frankreich einen Verzicht auf die eigene Idee bedeuten, wenn es seine Kraft einsetzen wollte für Sicherheit und Dasein von Gewalten, die seinem Ideal in ihrer tiefsten Seele widersprechen. Frankreich kann seine Anerkennung und seinen Schutz nur einem Lande gewähren, das sich durch den Gemeinwillen regiert. Es würde sonst einen Rechtsgedanken erhalten und fördern, den es selbst in bitterem Kampf überwunden hat. Es würde Hand legen an die Wurzel seines Lebens.

---

[19]) M. Brissot. Moniteur universel du 19 janvier 1792. „Votre Constitution est un anathème éternel aux trônes absolus. Elle fait le procès des rois; elle prononce leur sentence . . . Vos ennemis? Ils sont rois et vous êtes peuple. Est ce qu'il y a possibilité de capitulation sincère entre la liberté et la tyrannie?“

So ist die Theorie der Revolution in eine Enggasse getrieben. Es fragt sich, ob sie einen Ausweg finden kann. In der Tat, sie findet ihn in einem neuen kühnen Gedankenflug. Wenn eine universelle Allianz für die Stabilität des europäischen Systems unentbehrlich ist, wenn aber Frankreich sich nur mit Staaten verbünden kann, welche die Volkssouveränetät als höchste Norm anerkennen, so hat Frankreich den Beruf, eben die Volkssouveränetät einer allgemeinen Herrschaft entgegenzuführen. Es hat die Aufgabe, allen Völkern Hilfe zu leihen, damit sie das Joch des göttlichen Königtums abschütteln und Verfassungen errichten können, in denen die Bürger über sich selbst gebieten. Ist einmal dieses Werk vollbracht, dann ist die geplante Allianz möglich. Mehr noch. Sie wird mühelos entstehen. Denn die also neu geborenen Völker werden einen Geist der Freiheit atmen, der sie für die große Idee von der Unabhängigkeit der Staaten begeistern und dem neuen System in die Arme treiben muß.

Diese logische Kette der Reflexion wird noch gefestigt durch die moralische Ueberzeugung, daß Frankreich die Pflicht habe, das Ideal der Volkssouveränetät, dessen Wahrheit es erkannt, um eben dieser Wahrheit willen in allen Ländern zu verfechten. Es liegt in jeder Wahrheit eine expansive Kraft. Eine Nation würde unrecht handeln, wenn sie anderen Nationen nicht die eigenen Errungenschaften mitteilen wollte. So geht die Argumentation[20]).

Frankreich wird endlich durch eine bloße Nützlichkeitserwägung auf die gleiche Bahn gedrängt. Es ist durch eine Koalition von Monarchien bedroht, und es wird sich in dem drohenden Kampf eine machtvolle Waffe schmieden, wenn es die Völker dieser Monarchien für seine demokratischen Ideen gewinnt.

Am 19. November 1792 berichtet Ruhl, Abgeordneter des Unterelsaß, dem Konvent, daß eine Bürgerpartei in Mainz ihm die Frage vorgelegt, ob die Stadt auf Frankreichs Hilfe zählen könne, um sich von drohender Despotie zu befreien. Frankreich hat die Volkssouveränetät verkündet, so antwortet Carra. Es hat dieses Gesetz anerkannt nicht nur für sich selbst, son-

[20]) Ueber die Solidarität der Nationen in der Behauptung ihrer Freiheit s. CONDORCET: La Nation française à tous les peuples. Oeuvres. Tome XII. p. 526, zit. bei LAURENT. Tome XV. p. 183.



dern für die ganze Welt. Es hat darum die Pflicht, den Nachbarn beizustehen, wenn sie in den Kampf treten um dieses höchste Gut. Der Konvent billigt den Gedanken und gibt am gleichen Tage die feierliche Erklärung, daß Frankreich allen Völkern Schutz und Brüderschaft verheißt, welche sich für ihre Freiheit erheben. Die Generäle der Republik sollen Befehl erhalten, diese Völker zu unterstützen und alle Bürger zu verteidigen, die um ihrer Freiheit willen Verfolgung leiden. Ein anderes Dekret vom 15. Dezember 1792[21]) gibt den Generälen Anweisung, wie sie im besetzten Lande zu verfahren haben. Sie sollen die alten Verfassungen und Rechte für nichtig erklären. Sie sollen dem Volk im Namen Frankreichs Hilfe, Brüderschaft, Frieden, Freiheit und Gleichheit versprechen. Sie sollen das Grundgesetz der Volkssouveränetät verkünden und die Bürger zusammenrufen, damit sie selbst eine Obrigkeit errichten[22]).

---

[21]) M. RUHL. député du Bas-Rhin. Convention nationale. Séance du 19 novembre 1792. Moniteur universel du 20 novembre. „Le club des amis de la Liberté et de l'Egalité établi à Mayence, m'a écrit pour m'engager à vous demander si vous voulez accorder votre protection aux Mayençois, ou les abandonner à la merci des despotes qui les menacent. Je demande, moi, que vous déclariez que les peuples qui voudront fraterniser avec nous, seront protégés par la Nation française."

M. CARRA. eod. l. En déclarant la Souveraineté de la Nation française, vous avez reconnu la souveraineté de toutes les autres Nations. Avant de renvoyer au Comité, vous devez donc commencer par déclarer que vous reconnaissez la souveraineté de tous les peuples de la terre. Vous avez délivré vos voisins de la tyrannie, vous ne devez pas les abandonner, quand ils se jettent dans vos bras."

Résolution du 19 novembre 1792. eod. l. „La Convention nationale déclare, au nom de la Nation française qu'elle accordera fraternité et secours à tous les peuples qui voudront recouvrer leur liberté, et charge le pouvoir exécutif de donner aux généraux les ordres nécessaires pour porter secours à ces peuples, et défendre les citoyens qui auraient été vexés, ou qui pourraient l'être pour la cause de la Liberté."

cf. Séance du 19 décembre 1792. Moniteur universel du 21 décembre.

[22]) Décret du 15 décembre 1792. Convention nationale. Moniteur universel du 17 décembre. „La Convention nationale, après avoir entendu le rapport de ses comités de finances, de la guerre et diplomatique réunis, fidèle au principe de la souveraineté des peuples, qui ne lui permet pas de reconnaître aucune institution qui y porte atteinte, et voulant fixer les règles à suivre par les généraux des armées de la République dans les pays où ils portent les armes, décrète ce qui suit:

article 1. Dans les pays qui sont ou qui seront occupés par les ar-



Erhebt sich nun die Revolution zu solch weitfliegenden Plänen, so fragt sich, ob sie damit nicht gegen ihr erstes Prinzip verstößt und selbst eine autoritative Intervention begeht. Schon den Zeitgenossen ist diese Gefahr des Widerspruches nicht entgangen. Und sie versuchen deshalb, die konträren Maximen durch zwei Argumente zu versöhnen: Die französische Republik kann während eines Krieges im besetzten Land nach eigenem Willen schalten. Das ist die erste Rechtfertigung. Und weiter, sie hat in Friedenszeiten nicht die Absicht, ein fremdes Volk zur Empörung aufzureizen, sondern nur, es in Schutz zu nehmen, wenn es seine Zwingherrschaft gebrochen, sich durch Gemeinwillen eine Verfassung gegeben und wenn es nunmehr in seiner wohlerworbenen Freiheit und Souveränetät eine Bedrohung erfährt[23]).

mées de la République Française, les généraux proclameront sur le champ, au nom de la Nation Française, l'abolition des impôts ou contributions existans, la dîme, les droits féodaux fixes ou casuels, la servitude réelle ou personnelle, les droits de chasse exclusifs, la noblesse, et généralement tous les privilèges. Ils déclareront au peuple qu'ils lui apporteront paix, secours, fraternité, liberté et égalité.

article 2. Ils proclameront la souveraineté du peuple, et la suppression de toutes les autorités existantes; ils convoqueront de suite le peuple en assemblées primaires ou communales pour créer et organiser une administration provisoire, ils feront publier, afficher et exécuter dans la langue ou idiôme du pays, dans chaque Commune, la proclamation annexée au présent décret." cf. Modèle de proclamation. Moniteur universel du 18 décembre 1792.

cf. Dumovriez. Proclamation aux Belges. 26 octobre 1792; Instruction aux généraux. 30 octobre. Moniteur universel du 9 novembre; Proclamation aux Hollandais. Moniteur du 20 pluviôse an III.

[23]) Rapport fait à la Convention par le ministre des affaires étrangères. Moniteur universel du 21. décembre 1792. „Les décrets dont se plaint le ministère Anglais ne peuvent recevoir leur application que dans deux cas. D'abord lorsque la république se trouve en guerre avec une puissance; en ce cas personne ne peut lui contester le droit de faire dans les pays qu'elle occupe tout ce qu'elle veut. Que si la république est en paix avec un Etat où éclate une insurrection, les décrets pourront encore être appliqués, mais avec une restriction qui résulte des principes mêmes de la Révolution. Sont-ce quelques individus seulement qui se soulèvent contre le régime existant, il est clair que l'intention de la Convention n'a jamais été de faire de la cause de quelques individus la cause de toute la nation française. Pour que la République intervienne, il faut que le peuple asservi commence par briser ses fers, il faut que ce peuple rendu à la liberté se soit constitué de manière à faire entendre clairement l'expression de la



Damit ist der Kreis geschlossen. Auf dem Boden der Menschenrechte erhebt sich die Forderung der staatlichen Unabhängigkeit. Sie führt weiter zu der europäischen Allianz. Und diese ist wiederum bedingt durch Verfassungen, die auf dem Gemeinwillen ruhen. Der Weg beginnt bei Locke und endet bei Rousseau. Wohl ziehen die Gedanken der Revolution ihre Bahn durch die Sphären des Völkerrechts; aber die zwei Brennpunkte, welche diese Bahn bestimmen, sind zwei Grundsätze des staatlichen Rechts, die individuelle Freiheit und die Volkssouveränetät.

V. Das Prinzip der Nationalitäten.

Somit haben wir die eine völkerrechtliche Theorie der Revolution entwickelt. Wenn wir aber jetzt den Weg zum Contrat Social zurück gefunden haben, so sehen wir, daß er den Ausgangspunkt einer neuen Gedankenreihe bildet, die wieder zu bedeutsamen Prinzipien der internationalen Ordnung führt. Leben wir uns einen Augenblick in die Lehre von Rousseau hinein und erinnern wir uns, in welcher Kraft sie den Ursprung des Staates entdeckt.

Der Gemeinwille ist im Contrat Social der Angelpunkt aller politischen Funktionen. Der Gemeinwille ist identisch mit dem Staat. Der Gemeinwille aber bildet sich, weil übereinstimmende Interessen bestehen, und geht auf Maßregeln, die dem Nutzen aller dienen. Ein solcher Staat ist eudämonistisch. Denn er lebt durch den Zweckgedanken allein. Er erkennt über sich keine absolute Norm, die den Titel besässe, ihn zu gestalten und ihm seine Bahn zu weisen. Er trägt sein Gesetz und sein Schicksal in sich selbst [24]).

volonté générale; il faut enfin que cette volonté générale fasse appel à l'assistance et à la fraternité de la nation française."

L'ambassadeur de la République française à Londres: „La sédition ne peut jamais être là où se trouve l'expression de la volonté générale, les deux idées s'excluent mutuellement." cit. bei Laurent. Histoire du droit des gens et des relations internationales. Tome XV. 1869. p. 180.

[24]) Rousseau. Contrat Social. Livre I. chapitre VI. „Je suppose les hommes parvenus à ce point où les obstacles qui nuisent à leur conservation dans l'état de nature l'emportent, par leur résistance, sur les forces que chaque individu peut employer pour se maintenir dans cet état. Alors cet état primitif ne peut plus subsister; et le genre humain périroit s'il ne changeoit de manière d'être.



Indem sich die Revolution zu dieser Auffassung bekennt, gelangt sie zu einer wichtigen Konsequenz.

Hat der Staat seinen Ursprung in der Erkenntnis übereinstimmender Interessen und in dem daraus folgenden Entschluß zu gemeinsamer Tat, so erhellt, daß eine vollkommene Freiheit der Vereinigung besteht. Die treibende Kraft, die den Staat ins Leben ruft, entspringt einzig der Psychologie der Menschen. Ob die gleichförmigen Motive, die den Staat erzeugen, sich in der einen oder in der anderen Volksgruppe zusammenfinden, das ist ein Geschehen, das nur abhängt von den individuellen Persönlichkeiten. Der Staat ist darum nicht in feste Grenzen gebannt. Er hat bewegliche Grenzen. Eine Volksgruppe löst sich von ihm oder geht mit ihm eine Verbindung ein, je nachdem sie seine Form und seinen Zweck für richtig hält. Die Wahl der Zugehörigkeit ist unbeschränkt. So entscheidet der Wille der Bürger nicht nur über die Verfassung und die Gesetze, wie der Contrat Social es gelehrt; er entscheidet auch über den Umfang des Staates. Die Doktrin von der politischen Selbstbestimmung der Menschen, die ROUSSEAU verkündet hat, führt nicht nur zu der Volkssouveränetät; sie leitet auch zu dem Grundsatz der freien Staatsbildung. Und damit steigt aus der Gedankenwelt der Revolution eine neue Theorie empor, die berufen ist, die europäische Politik des neunzehnten Jahrhunderts zu beherrschen: Es ist die Theorie der Nationalitäten. Freilich, sie hat damals noch eine rudimentäre Gestalt. Sie ist dem Boden des Contrat Social entsprossen. Sie kennt darum als belebende Kraft

Or, comme les hommes ne peuvent engendrer de nouvelles forces mais seulement unir et diriger celles qui existent, ils n'ont plus d'autre moyen pour se conserver que de former par agrégation une somme de forces qui puisse l'emporter sur la résistance, de les mettre en jeu par un seul mobile et de les faire agir de concert.

Cette somme de forces ne peut naître que du concours de plusieurs: mais la force et la liberté de chaque homme étant les premiers instruments de sa conservation, comment les engagera-t-il sans se nuire et sans négliger les soins qu'il se doit? Cette difficulté, ramenée à mon sujet, peut s'énoncer en ces termes:

„Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les forces de chaque associé, et par laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant. Tel est le problème fondamental dont le Contrat Social donne la solution."



politischer Vereinigung nur das eine Motiv: den Willen zum Glück. Nun kann zwar dieser Wille einen sehr idealen Inhalt besitzen. Und in der Tat, die Männer der Revolution haben von dem Glück der Menschheit eine erhabene Vorstellung. Aber trotzdem, diese Auffassung ist einseitig. Es gibt noch eine andere seelische Kraft, die eine Nation zusammenhält: Es ist ihre Tradition. Es ist der Glaube, daß ihr in der Geschichte eine hohe Bestimmung zuteil geworden ist. Es ist der Glaube an ein heiliges Erbe, das sie durch die Vorzeit überkommen hat und das sie späteren Geschlechtern übertragen soll. In diesem Sinn hat das neunzehnte Jahrhundert die Theorie der Nationalitäten weiter gefaßt und tiefer begründet. Das hindert aber nicht, daß der Gedanke im Contrat Social und in der Revolution seine Quelle hat.

Frankreich wird niemals sein Gebiet durch ein fremdes Land vergrößern, es sei denn, daß die Bevölkerung dieses Landes in einem Plebiszit die Vereinigung begehrt. So sagt der Verfassungsentwurf von 1793, und er fügt als Bedingung hinzu, daß die Bevölkerung nicht durch einen älteren Staatsvertrag mit einer anderen Nation verbunden sei [25]). Mirabeau nennt es Gewalttat und Tyrannei, wenn man mit Ländern schachert, ohne den Willen der Bewohner zu erfragen [26]).

Als Avignon in den Jahren 1790—1791 der französischen Republik angegliedert werden soll, da legt man sich die Frage

[25]) Plan de Constitution. Présenté à la Convention nationale, au nom du comité de constitution, par M. Condorcet, le 15 février 1793. Titre XIII. article 1. „La République française ne prendra les armes que pour le maintien de sa liberté, la conservation de son territoire et la défense de ses alliés.“ article 2. „Elle renonce solennellement à réunir à son territoire des contrées étrangères, sinon d'après le voeu librement émis de la majorité des habitans, et dans le cas seulement où les contrées qui solliciteront cette réunion, ne seront pas incorporées et unies à une autre nation, en vertu d'un pacte social, exprimé dans une constitution antérieure et librement consentie.“

[26]) Sorel. Tome I. p. 318. „Le premier des principes établis par les législateurs idéalistes de la Révolution, c'est la souveraineté du Peuple. Il a pour corollaire le droit des nations à disposer de leur sort. „Les trocs d'Etats, avait écrit Mirabeau dans son livre de la Monarchie prussienne, ne sont pas moins iniques que les arrondissements. C'est un acte de violence et de tyrannie que d'exécuter de tels échanges sans consulter les habitants.“ Tout le droit des gens de 1789 se résume dans cette phrase.“



vor, ob dieser Akt mit dem anerkannten Prinzip in Einklang sei. Pétion de Villeneuve erklärt der Nationalversammlung, daß die Bevölkerung sich in freiem Entschluß mit starker Majorität für die Inkorporation ausgesprochen habe. Und der Redner schließt, daß eine Nation, wie sie berechtigt sei, ihre Verfassung zu bestimmen, auch die Befugnis habe, das eigene Dasein aufzugeben und sich mit einer anderen Nation zu vereinen. Aber gleichzeitig berührt er einen kritischen Punkt: Die Theorie der Nationalitäten hat immer mit dem Zweifel zu kämpfen, welcher Teil eines Volkes ein hinreichendes Maß von Individualität besitzt, um als isolierte Gruppe den Titel zu haben, durch Plebiszit über sein Schicksal zu verfügen und sich von der Gesamtheit zu lösen. Pétion de Villeneuve erkennt diese Schwierigkeit. Man hat eingewendet, sagt er, daß Avignon den Staaten des römischen Stuhles angehöre und daß es darum von ihnen nur durch einen Gemeinbeschluß aller päpstlichen Völker getrennt werden könne. Aber darauf ist zu erwidern, daß seit alter Zeit das Volk von Avignon seine selbständige Persönlichkeit durch eigene Gewohnheiten und Gesetze ausgeprägt hat [27]).

Die gleiche Argumentation wird angewendet, als der Konvent die Annexion Savoyens erörtert. Der Antrag der Vereinigung ist gestellt von ungefähr allen Gemeinden. So berichtet der abbé Grégoire. Verschiedene Völker können sich

[27]) M. Pétion de Villeneuve. Oeuvres. Tome III. p. 245. Discours sur la réunion d'Avignon à la France. Zit. bei Laurent. Histoire du droit des gens. Tome XV. p. 225. „Le peuple avignonnais vous dit: J'ambitionne l'avantage d'être le premier à m'associer à votre gloire et à votre prospérité; placé au milieu de la France, ayant les mêmes moeurs, les mêmes intérêts, j'ai voulu resserrer tant de noeuds, en adoptant les mêmes lois, en choisissant le même chef." — „Tout le monde convient que la souveraineté réside dans la nation. Qui dit la nation, dit la collection de tous les individus; or, il est évident que ceux qui ont la faculté de créer, ont la faculté de détruire; qu'ils ont le droit de former la constitution qui leur convient et qu'ils croient utile à leur bonheur." — „On a dit qu'Avignon fait partie des autres Etats du pape; que cette partie tenant à un tout, elle ne peut en être séparée que par la volonté générale et commune." — „Le peuple avignonnais a toujours été un peuple à part; il a ses usages, ses lois, ses statuts particuliers, il a un régime qui lui est propre . . . Le peuple d'Avignon n'étant pas le peuple de Rome, il semble que la maxime qu'une partie ne peut se désunir, que de concert avec les autres auxquelles elle est jointe, tombe d'elle-même." — Andere Zitate bei Nys l. c. p. 363 sq.

zu einem Staat zusammen tun. So fährt der Redner fort: Sie verlieren dadurch nicht ihre Souveränetät. Sie üben sie nur fortan in einem größeren Verband [28]).

Als 1795 Belgien dem französischen Gebiet angeschlossen wird, da ist die Revolution schon nicht mehr von diesem hohen Geist erfüllt. Dumouriez erwähnt, das Plebiszit sei nicht ernstlich durchgeführt worden. Ein anderer Autor berichtet, es habe einer Komödie gleich gesehen [29]).

VI. Die Staatenverbände.

In dieser Weise führt das Dogma des Gemeinwillens zu der Theorie der Nationalitäten. Aber es führt noch darüber hinaus. Es reicht mit seinen Konsequenzen noch höher als die Sphäre, in der sich die Bürger zum Staat vereinen. Es beherrscht auch den Prozeß, durch den sich die Völker selbst zusammen tun.

Halten wir an der führenden Idee des Contrat Social fest: Der Staat ist eine Willenseinigung, entsprossen einer Vorstellung der Zweckmäßigkeit. Daraus folgt: Der Staat wird nur gedacht und eingerichtet für die Aufgaben, zu denen er tauglich erscheint. Wenn also die Vorstellung herrscht, daß manche Ziele nur in einem größeren Verband erreicht werden können; wenn die Ueberzeugung besteht, daß manche Probleme universelle Natur besitzen und nur durch die gemeinsame Tätigkeit aller Völker zu lösen sind, so werden sich die politischen Gruppen zu einem internationalen Verband zusammenschließen. Was hindert sie daran? Sie haben kein Gesetz der Trägheit zu überwinden, das sie in feste historische Bahnen zwänge. Der Staat ist in sich kein ethisches Ideal. Der Glaube an ein Vaterland ist verflüchtigt inmitten einer atomistischen Auffassung des Zusammenlebens. Heilig ist nur der Mensch und sein

---

[28]) M. l'abbé Grégoire. Buchez et Roux. Histoire parlementaire de la Révolution Française. Tome XX. p. 384 s. Des nations diverses ont-elles le droit de se réunir en un seul corps politique? Cette question porte en soi sa réponse; c'est demander en d'autres termes si elles sont souveraines. En s'identifiant, elles n'aliènent pas la souveraineté, elles consentent seulement à augmenter le nombre des individus qui l'exercent d'une manière collective."

[29]) Dumouriez. Mémoires II. 42. Borgnet. Histoire des Belges à la fin du 18. siècle. II 223, zit. bei Laurent XV. 233—234.



Glück. Er ist der ruhende Pol in dem Weltbilde der Revolution. Nur ihm ist das gewaltige Räderwerk von gemeinsamem Recht und gemeinsamer Arbeit zu dienen bestimmt. Die Nation erhält ihren Antrieb von dem Gedanken individueller Nützlichkeit allein. Und sie folgt ihm, auf welchen Weg er sie auch leitet; sie folgt ihm, mag er ihr nur eine Bewegung mitteilen, die sie um die eigene Achse dreht, oder mag er sie in einen Kreislauf drängen, der die Welt umschreibt [30]).

Nun glauben die Männer der Revolution in der Tat an große Ziele, die nur von der gesamten Menschheit verwirklicht werden können. Sie verkünden darum das Prinzip der allgemeinen Solidarität. Die Staaten bilden eine Gemeinschaft. Sie stehen sich zuerst gegenüber wie die Menschen im Naturzustande. Aber derselbe Zwang der Tatsachen treibt sie zur Vereinigung. Die Entfaltung der Lebenskraft, die das Streben jeder Kreatur bedeutet, wird erst möglich und erreicht ihre Vollendung nur durch den Zusammenschluß der Kräfte. Dieses Gesetz überträgt sich bei einem höheren Stande der Entwicklung auf die Völker selbst. So urteilt ROBESPIERRE. So urteilt auch der abbé GRÉGOIRE in seiner Erklärung der Rechte. Hat die Moral bisher gefordert, daß jeder Mensch an seinem Nächsten handle, wie er will, daß an ihm selbst gehandelt werde [31]), so stellt GRÉGOIRE diese Maxime für die Völker auf. Sie haben die Aufgabe, einander Hilfe zu leisten und vereint für das Heil aller zu wirken. Sie sind Brüder; sie bilden eine Familie. Der nationale Egoismus ist so ver-

[30]) SOREL. I. 538. „Le roi, sous l'ancien régime était considéré comme l'Etat même; il présentait aux Français l'image vivante de la France, et l'amour de la patrie se confondait avec le dévouement au roi. Losqu'on transporta au peuple la souveraineté, la nation prit la place du roi, et l'amour de la patrie se confondit avec le respect des lois. Cependant, comme la loi devait reposer sur la justice, que la justice devait être fondée sur la raison, que la Révolution devait en établir le règne et qu'elle se faisait non pour un seul peuple, mais pour l'humanité; la notion de la patrie se généralisa comme celle de la loi. Il y eut une patrie pour l'humanité; on la plaça partout où régnait la raison: le patriotisme se confondit avec l'attachement aux „Droits de l'Homme". Le patriote fut le citoyen du monde. Cette grande notion de la patrie que les siècles avaient, pour ainsi dire incarnée dans chaque Français, se subtilisa en abstractions et sembla perdre à la fois sa raison d'être et sa réalité."

[31]) cf. ROUSSEAU. Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes.

werflich wie der individuelle, und die Liebe zum Vaterland ist wohl vereinbar mit der Liebe zur Menschheit überhaupt. Krieg und Machtbegehren sind ein Irrtum, so ruft GRÉGOIRE seinen Zeitgenossen zu. Wenn einmal die Nationen ihren wahren Vorteil erkannt, so werden sie sich die Hand reichen und in friedlicher Arbeit zusammen gehen [32]).

[32]) M. de VOLNEY. Assemblée nationale. Séance du 18 mai 1790. Moniteur universel du 20 mai. Oben zitiert. Artikel 1.

M. ROBESPIERRE. Convention nationale. Proposition de 4 articles pour une déclaration des droits. 24 avril 1793. Moniteur universel du 25 avril. article 1. „Les hommes de tous les pays sont frères, et les différens peuples doivent s'entre-aider selon leur pouvoir, comme les citoyens du même état."

M. l'abbé GRÉGOIRE. Convention nationale. Séance du 4 floréal an III. Moniteur universel du 7 floréal. ›L'égoïsme national est aussi coupable que légoïsme individuel; le patriotisme n'est point exclusif, l'énergie de ce sentiment se concilie avec cette douce philantropie qui s'efforce d'anéantir les préjugés, l'intolérance, les rivalités, les haines entre les Peuples, et de resserrer les noeuds de la fraternité entre les diverses sections de la famille humaine". — „La loi de la sociabilité entre les Peuples n'est autre que la loi naturelle appliquée aux grandes corporations du genre humain. Elle détermine leurs droits, leurs devoirs; elle en trace l'étendue et les limites." — „Quesnay a trés bien prouvé que dans l'état d'indépendance des Nations, pour elles comme pour les individus le droit de s'emparer de ce qui n'est à personne, est limité à ce qu'on peut s'approprier par le travail; que le droit de tout faire est subordonné à la condition de ne pas faire mal aux autres." — „Permettez-moi d'espérer que le despotisme qui est une grande erreur, que la guerre qui est une grande immoralité, deviendront plus rares en Europe; que les Peuples détrompés de fausses idées de grandeurs, et connaissant mieux leurs intérêts, s'occuperont à vivifier leur économie politique, qu'alors tomberont peut-être les barrières entre les Nations; qu'elles étendront les unes vers les autres leurs mains fraternelles, bien convaincues que pour elles, comme pour les individus, les bonnes moeurs et la justice sont les sources uniques du bonheur." — Déclaration du droit des gens. „article 3. Un Peuple doit agir à l'égard des autres comme il désire qu'on agisse à son égard; ce qu'un homme doit à un homme, un Peuple le droit aux autres. article 4. Les Peuples doivent en paix se faire le plus de bien, et en guerre le moins de mal possible. article 5. L'intérêt particulier d'un Peuple est subordonné à l'intérêt général de la famille humaine." — Le baron d'HOLBACH: „Les nations ne sont que des individus de la société universelle ou de l'espèce humaine. Un peuple doit à un autre peuple tout ce qu'un homme doit à un autre homme. Il n'y a point deux morales pour les êtres de notre espèce. Les liens de l'humanité ou de l'équité unissent entre eux les peuples même les plus étrangers, les plus divisés d'intérêt." — MABLY. Les entretiens de Phocion 1763.

Damit ersteigt die völkerrechtliche Theorie der Revolution ihre letzte Höhe. Die Lehre von der Selbstbestimmung der Menschen führt zu der Lehre von der Verbrüderung der Völker. Das Phänomen des Gemeinwillens zerbricht den Rahmen des Staates und ergreift die gesamte Welt. Man erschaut in verklärter Zukunft eine universelle Republik [33]). Frankreich begründet sie, indem es den Horizont des gewaltigen Rousseau übersteigt, die Thesen des Contrat social hinausträgt unter die Nationen und auf dem Fundament des Gemeinwillens ein Weltsystem erbaut. Das ist der Traum der Zeit. Und weil Frankreich diese Republik erschafft, deshalb wird es auch in ihr eine Hegemonie besitzen, zwar nicht von politischer Art — denn dadurch wäre das Recht der Gleichheit zerstört —, aber eine Hegemonie von geistiger Natur, die darauf ruht, daß es durch die Macht seiner Gedanken die alte Welt aus ihren Angeln gehoben und in eine neue Sphäre des Lichts getaucht [34]).

---

[33]) Sorel. I. 105. „En Italie et en Allemagne, on voit s'élever, avec les mêmes illusions généreuses et le même enthousiasme qu'en France, la religion de l'humanité, la foi dans la raison, le sentiment que l'on travaille pour le bonheur du genre humain, et que les temps sont proches où la pensée étant affranchie, l'homme se réveillera régénéré pour toujours. L'humanité n'a pas de patrie".

[34]) M. Robespierre. Assemblée nationale. Séance du 15 mai 1790. Moniteur universel du 16 mai, oben zitiert. — M. de Volney. Assemblée nationale. Séance du 18 mai 1790. Moniteur universel du 20 mai. oben zitiert. — Mémoire de Vergennes. cf. Sorel I. 315. oben zitiert. — M. l'abbé Grégoire. Convention nationale. Séance du 4 floréal an III. Moniteur universel du 7 floréal. „Les Nations ont droit de s'organiser, de se lier, de s'incorporer en traitant d'égal à égal entre elles comme entre les hommes; s'il doit exister des rangs, c'est la vertu qui les donne." — Aulard. Histoire politique de la Révolution française. 1901. p. 111. „La Révolution que la philosophie du XVIII siècle avait préparée ne devait pas être seulement française, mais humaine. Il ne s'agissait pas seulement d'affranchir les peuples du Royaume de France, mais l'humanité entière, au moins l'humanité civilisée, l'Europe. — Une des tendances logiques de la Révolution fut la fusion de la patrie française dans les autres patries européennes, sans que celle-là disparût dans celles-ci: au contraire, la France aurait l'hégémonie, au moins morale, de l'Europe. On rêve de décider les autres peuples à se former en nations groupées sous les auspices de la nation française, avec la Déclaration des droits de l'homme pour bannière."

Ergebnis.

Wir fassen zusammen. Die Revolution hat ein großes völkerrechtliches Werk getan. Sie hat die Quadern errichtet, auf denen die Grundgesetze einer späteren Zeit erstehen. Die Revolution gibt nicht nur dem Staat ein neues Leben, indem sie in der Philosophie der Aufklärung, in den Verfassungsgedanken Englands und der nordamerikanischen Kolonien ihre Wurzeln schlägt, zu einem mächtigen Stamm erwächst und in der Rechtsbildung des neunzehnten Jahrhunderts ihre Blüten treibt. Sie gibt auch dem Völkerrecht einen neuen Geist. Sie nimmt ältere Ideen auf, mehrt sie durch eigene und entfaltet ein reiches System. Sie ist wie ein Brennpunkt in der Evolution der internationalen Normen. Sie sammelt wie in einem Spiegel die schwachen Schimmer des Lichtes, welche die Vergangenheit durchziehen, und wirft sie als glänzende Strahlen in die künftige Welt.

Die völkerrechtliche Theorie der Revolution geht aus von zwei Gedanken: von der natürlichen Freiheit, welche die Philosophie von Locke und die nordamerikanischen Verfassungen beseelt, und von dem Gemeinwillen des Contrat Social. Aus diesen beiden Lehren, die nur für den Staat gebildet sind, weiß sie mit genialer Auffassung und schöpferischer Kraft die fundamentalen Institutionen der Völker zu gestalten: Sie behauptet die Staatensouveränetät, die eherne Mauer, auf die sich jede Gemeinschaft der Nationen gründen muß. Sie verurteilt den Krieg, der nicht zur Verteidigung des Rechtes unternommen wird. Sie bricht eine Lanze für das Prinzip der Nationalitäten. Und sie weist endlich der Diplomatie das hohe Ziel künftiger Entwicklung: sie verkündet mit prophetischem Blick das Zeitalter der Staatenverbände.

Diese großen Ideen halten im neunzehnten Jahrhundert ihren Siegeszug über die Welt. Vergeblich sucht Napoleon sie wiederum zu brechen und den Kontinent unter sein Prinzipat zu beugen. Er fällt. Dann setzt die Heilige Allianz dem neuen Glauben ein letztes Bollwerk entgegen, indem sie Europa unter die Suprematie der Großmächte beugt, ein Recht der Intervention zugunsten der Legitimität verficht und damit das Gesetz der Staatenfreiheit unterdrückt. Allein die Restau-

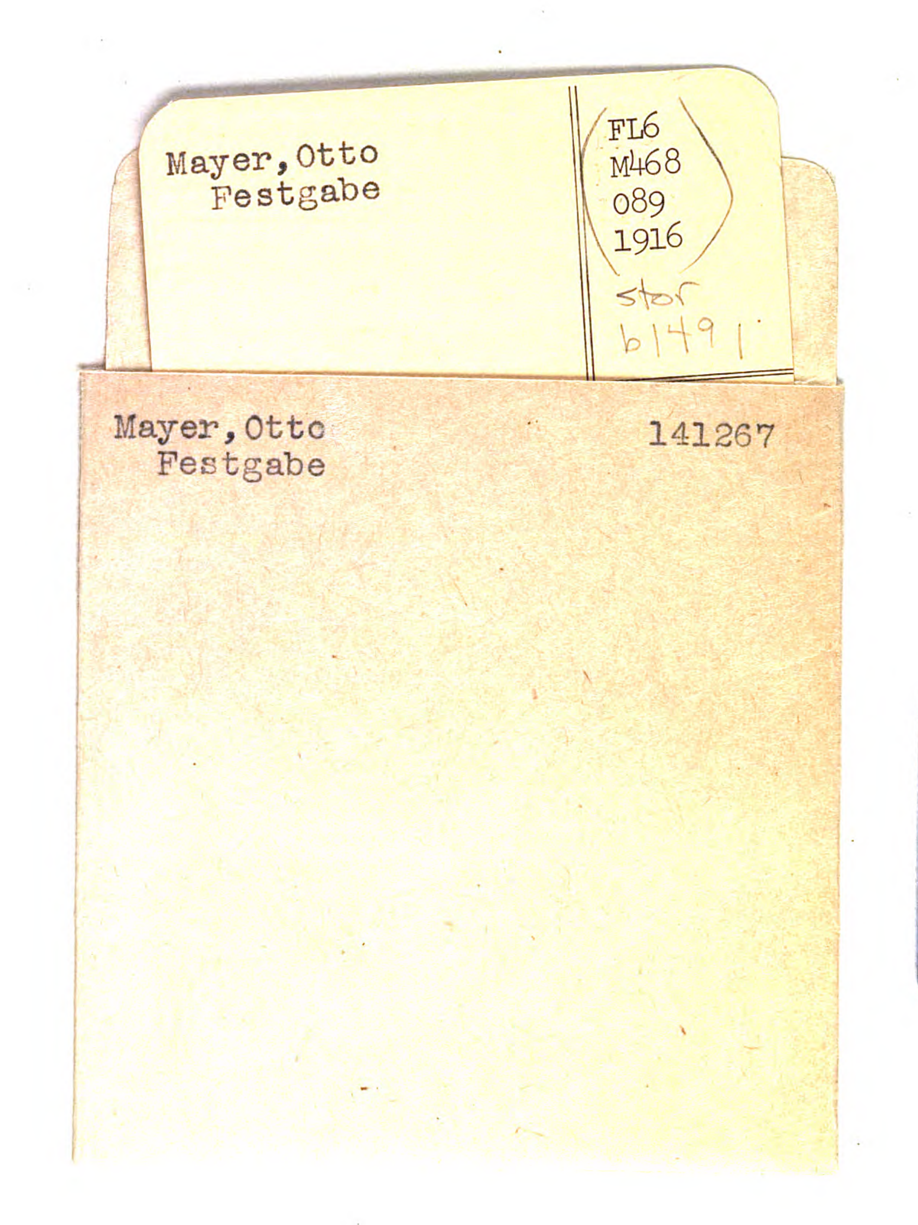


ration kann auf die Dauer den Urgewalten nicht widerstehen, die an dem alten Weltgebäude rütteln. Der Gedanke der Souveränetät legt bald eine tiefe Bresche in das politische System der Pentarchie. Schon Cannings Depesche und die Monroedoktrin streiten mit Autorität für die neue Lehre. Aber den härtesten Stoß erleidet die Tradition von 1815, als die Julirevolution die angestammte Monarchie in Frankreich erschüttert, einen Parlamentskönig auf den Thron erhebt und in der neuen Verfassung die staatliche Autonomie und die Unrechtmäßigkeit der Intervention verkündet. Dieser Umsturz der Dinge widerspricht der Legitimitätsidee und fordert nach den bestehenden Verträgen die Intervention. Allein die Mächte fühlen nicht die Kraft in sich, das alte Recht mit den Waffen zu verteidigen. Sie erkennen nacheinander, wenn auch mit Widerwillen, den Bürgerkönig an. — Mit gleichem Erfolg behauptet sich das Gesetz der Nationalitäten. England, Frankreich und Rußland erwirken die Freiheit Griechenlands. Die Londoner Konferenz bestätigt das belgische Königreich. Der Berliner Kongreß erhebt Rumänien und Serbien zu unabhängigen Fürstentümern. Napoleon III. kämpft für die Einheit Italiens. Das Deutsche Reich wird gegründet. — In den letzten Jahrzehnten wird vollends die Staatenwelt von einer Entwicklung ergriffen, in welcher die höchste Idee der Revolution triumphiert: Die Solidarität der Nationen gewinnt körperliche Gestalt in einem reichen System von Verträgen. Die Völker schließen ihre Kraft zusammen, um in gemeinsamer Arbeit ihre Bestimmung zu erfüllen. Und zur Festigung dieser Bande wird das Recht unter eine kollektive Garantie gestellt. Es wird eine internationale Jurisdiktion begründet. Die Lehre der Revolution führt nach dem Haag.

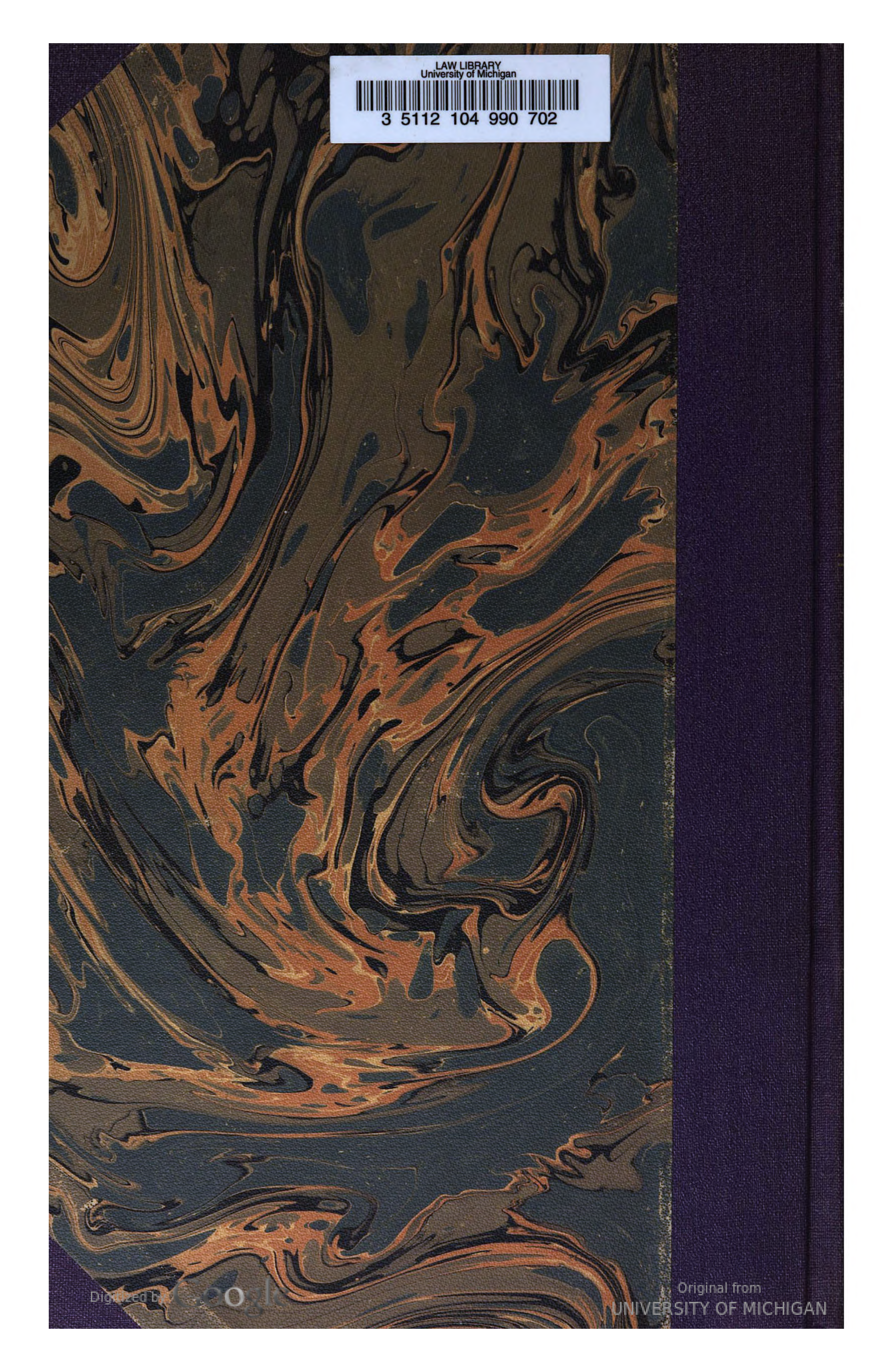
Dann kommt der tiefe Riß in der Geschichte. Der große Krieg entbrennt. Er legt die Axt an die Wurzel alles Lebens. Nicht nur, daß er den Reichtum zertrümmert und die Völker niedermäht. Er wirft seine Brandfackel auch in den Glauben der Menschen, er bricht verheerend ein in die Welt der Ideen. Was für heilig galt, das fällt dahin. Betrachtet man den europäischen Krieg in diesem Licht, als Umwälzung aller geistigen Werte, so kann er nur in Vergleich gesetzt werden mit der französischen Revolution. Aber dieser Vergleich birgt nicht Tragik allein. Er weckt auch eine Hoffnung.

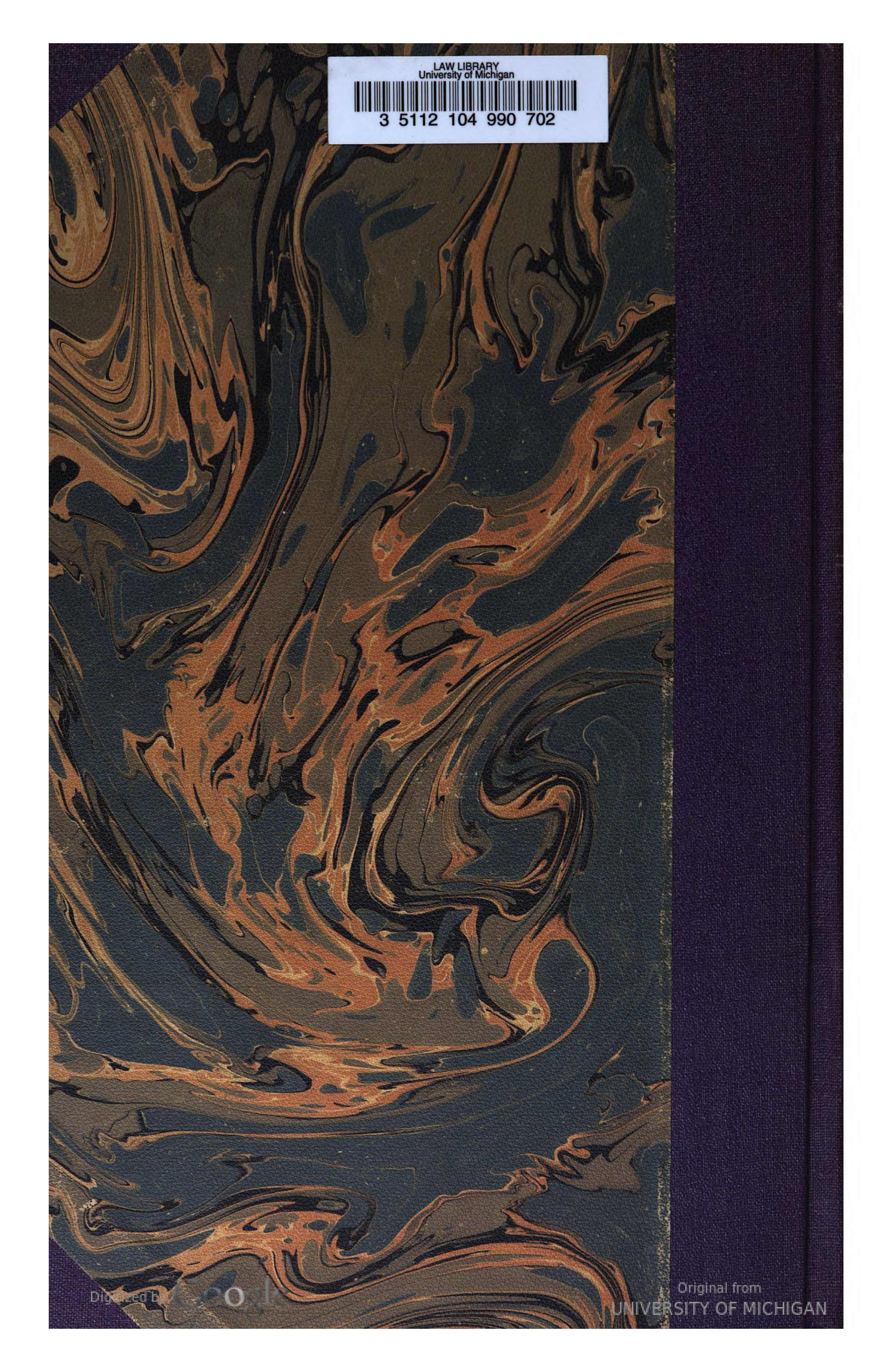


Er stärkt einen Glauben, der lebendig bleiben muß, will man nicht an der hohen Bestimmung der Menschheit verzweifeln. Es ist der Glaube, daß es einen Fortschritt in der Geschichte gibt. Es ist der Glaube, daß die ethischen Mächte in den Katastrophen der Völker nicht zerstört, sondern befreit und geläutert werden. Und darum ist zu sagen: Wie vor drei Menschenaltern, so wird auch jetzt ein besseres und stärkeres Recht aus den Ruinen erstehen. Was der Bürgerkrieg für den Staat, das wird der Völkerkrieg für die Welt vollbringen. Hat man in früheren Tagen um die Freiheit der menschlichen Persönlichkeit gekämpft, so wird das Geschlecht von heute einen Preis erringen, ebenbürtig jenem andern: Die Menschheit wird zum zweitenmal ihre Ketten von sich werfen, und es wird ein neues Zeitalter beginnen, auf dessen Pforte *die Grundrechte der Völker* eingemeißelt sind.


Mayer, Otto
Festgabe
FL6
M468
089
1916
stor
61491
Mayer, Otto
Festgabe
141267






LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 104 990 702